Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
Journal of the Max Planck Institute for European Legal History

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte
Legal History

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014)
http://dx.doi.org/10.12946/rg22/192-212

Rg 22 2014 192 – 212

Eugenio R. Zaffaroni
Guido L. Croxatto

El pensamiento alemán en el derecho penal argentino

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
Journal of the Max Planck Institute for European Legal History

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte
Legal History

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014)

Rg 22 2014 9 – 13

Inhalt

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Thomas Duve 16 German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives

Fokus focus

Thomas Duve	51	European Normativity – Global-Historical Perspectives. Introductory remarks
Jürgen Renn	52	The Globalization of Knowledge in History and its Normative Challenges
Hartmut Leppin	62	Christianity and the Discovery of Religious Freedom
Heiner Lück	79	Aspects of the transfer of the Saxon-Magdeburg Law to Central and Eastern Europe
Raja Sakrani	90	The Law of the Other. An unknown Islamic chapter in the legal history of Europe
Martti Koskenniemi	119	Vitoria and Us. Thoughts on Critical Histories of International Law
Tamar Herzog	140	The Appropriation of Native Status: Forming and Reforming Insiders and Outsiders in the Spanish Colonial World
Jean-Louis Halpérin	150	Transplants of European Normativity in India and in Japan: a Historical Comparison
Li Xiuqing	158	The Chinese Repository and Chinese Criminal Law in the Minds of Westerners of the 19th Century
Zhang Zhongqiu	176	China's Selection of Foreign Laws for Succession in the Late Qing Dynasty
Eugenio R. Zaffaroni, Guido L. Croxatto	192	El pensamiento alemán en el derecho penal argentino
Elisabetta Fiocchi Malaspina, Nina Keller-Kemmerer	214	International Law and Translation in the 19th Century
Urs Matthias Zachmann	228	Does Europe Include Japan? European Normativity in Japanese Attitudes towards International Law, 1854–1945
Ute Frevert	245	Honour and/or/as Passion: Historical trajectories of legal defenses
Paolo Grossi	257	Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität: gestern, heute, morgen

Kommentar commentary

Mario Ascheri	270	A final comment and request
Kjell Å. Modéer	275	The Deep Structures of European Normativity in a Global Context
Philip C. McCarty	283	Globalizing Legal History

Kritik critique

Gunnar Folke Schuppert 294 The Cosmopolitan State

H. Patrick Glenn, The Cosmopolitan State

Antonio Manuel Hespanha 303 The Legal Patchwork of Empires

Legal Pluralism and Empires, 1500–1850, ed. by Lauren Benton, Richard J. Ross

Li Yang 316 Legal Orientalism, or Legal Imperialism?

Teemu Ruskola, Legal Orientalism

Stefan Kroll 323 Selbst die Kopie ein Original. Die Konstruktion und Adaption globaler Ideen

Samuel Moyn, Andrew Sartori, Global intellectual history

Christiane Birr 325 Die seidenen Bande des Empire

Bonny Ibhawoh, Imperial Justice

Otto Danwerth 326 Von den Inka lernen, heißt herrschen lernen. Zu zwei Editionen von Schriften eines spanischen Juristen im frühkolonialen Peru

Polo Ondegardo, Pensamiento colonial crítico, ed. de Gonzalo Lamana Ferrario

Polo Ondegardo, El Orden del Inca, ed. de Andrés Chirinos y Martha Zegarra

Leticia Vita 331 ¿Por qué hablar de Culturas Constitucionales? Nuevas perspectivas sobre las revoluciones atlánticas

Constitutional Cultures, ed. by Silke Hensel et al.

Pamela Alejandra Cacciavillani 334 A labyrinth of dissimilar senses

Alma Guadalupe Melgarito Rocha, Pluralismo Jurídico

Roberto Gargarella 336 Explicando el constitucionalismo latino-americano

Gabriel L. Negretto, Making Constitutions

Ulrich Jan Schröder 338 Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet

Verfassungsvoraussetzungen, hg. von Michael Anderhaiden et al.

Kritik critique

Carolin Behrmann	341	Iconomus Peter Goodrich, Legal Emblems and the Art of Law
Michael Stolleis	343	Die Rückseite der Malerei ist die Vorderseite des Staates Erk Volkmar Heyen, Verwaltete Welten
Christoph H. F. Meyer	345	Mittelalterliche Gerichtsbarkeit – im Zeichen der Sakralität und des Vergleichs? Robert Jacob, La grâce des juges
Mario Ascheri	347	Processo romanico-canonico: una ›eccellenza‹ attraverso il tempo? Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht
Karl-Heinz Lingens	350	Kostbare Zeit Eine Grenze in Bewegung: Private und öffentliche Konfliktlösung im Handels- und Seerecht, hg. von Albrecht Cordes, Serge Dauchy
Christian Windler	352	Objekte als Medien der Diplomatie Materielle Grundlagen der Diplomatie, hg. von Mark Häberlein, Christof Jeggle
Harald Maihold	354	Kriegsrecht aus moraltheologischer Sicht Francisco Suárez, De pace – De bello, hg. von Markus Kremer
Martti Koskenniemi	356	On the religious Origins of Capitalism Wim Decock, Theologians and Contract Law
Wim Decock	361	Geldüberwuchert Was vom Wucher übrigbleibt, hg. v. Matthias Casper u.a.
Harald Maihold	363	Ich sündige, also bin ich! Das spanische Drama als Probebühne für moralische Experimente Hilaire Kallendorf, Sins of the Fathers
Wim Decock	365	Papsttreu bis zum Tode Cyrille Dounot, L'œuvre canonique d'Antoine Dadine d'Auteserre (1602–1682)

Kritik critique

Sylvia Kesper-Biermann 366 Der aufgeklärte Tod auf Raten

Gerhard Ammerer, Das Ende für Schwert und Galgen?

Vera Finger 369 Am Morgen singen die Vögel

SLING, Der Mensch, der schießt

Karl Härter, Tina Hannappel, Conrad Tyrichter, Thomas Walter 374 Terrorismus für die Rechtsgeschichte? Neuerscheinungen zur Geschichte politischer Gewalt im 19. und 20. Jahrhundert

Richard Bach Jensen, The Battle against Anarchist Terrorism

Gewalt ohne Ausweg?, hg. von Klaus Weinhauer, Jörg Requate

An International History of Terrorism, ed. by Jussi M. Hanhimäki, Bernhard Blumenau

Radikale Milieus, hg. von Stefan Malthaner, Peter Waldmann

Terrorism and Narrative Practice, ed. by Thomas Austenfeld et al.

Terrorismus und Geschlecht, hg. von Christine Hikel, Sylvia Schraut

Abstracts 387 abstracts

Autoren 394 contributors

Resumen

El objetivo de este ensayo es abordar desde una perspectiva histórica la influencia del pensamiento alemán (la filosofía alemana, la dogmática alemana) en el derecho penal argentino, rescatando la forma en que distintos teóricos alemanes fueron leídos y receptados en Argentina. Se pretende pensar la codificación penal argentina como un diálogo – muchas veces como una mera recepción acrítica – entre los juristas y codificadores latinoamericanos y los pensadores alemanes, en sus distintas vertientes y etapas históricas. Se analizan distintos debates –como la polémica entre el causalismo y el finalismo- tanto por la forma en que se sucedieron en Alemania, como por la forma en que se dieron en Argentina (el debate causalismo-finalismo se sucedió en los complejos años setenta en Argentina), tomando en cuenta sobretodo los contextos políticos en que surgieron esas polémicas; qué significado tuvieron estas discusiones – y qué significaba asumir determinadas posiciones – en función de los contextos políticos donde se evidenciaron. De este modo se espera trazar un panorama de la discusión actual en el derecho penal argentino, haciendo énfasis en el análisis histórico de las problemáticas que aún enfrenta el Derecho Penal, tratando de generar, al mismo tiempo, un pensamiento penal crítico, consciente – pero no rehén – de las influencias provenientes de Europa, es decir, un pensamiento penal crítico que tome en cuenta las particulares condiciones sociales e históricas de la región en que se aplica el Derecho.

Abstract

The purpose of this essay is to address, from a historical perspective, the influence of German thinking (German philosophy, German dogmas) on the Argentine criminal law, by recalling the way in which different German theorists have been read and received in Argentina. It attempts to think the Argentine criminal coding as a dialogue – many times as a mere uncritical acceptance – among Latin American jurists and codifiers and German thinkers, in their different expressions and historical stages. Different debates are analysed –such as the polemic between causalism and finalism– both for the manner in which they have occurred in Germany and for the way in which they have taken place in Argentina (the causalism-finalism debate took place in the difficult 1970s in Argentina), especially considering the political context in which said polemics have occurred, the meaning of such debates – and what taking certain positions meant – according to the political context in which they took place. Thus, the aim is to devise an outlook of the current discussion in the Argentine criminal law, highlighting the historical analysis of the problems still faced by Criminal Law, attempting to create, in turn, a critical, conscious criminal thinking – but not a hostage – of the European influences, that is to say, a critical criminal thinking which takes into account the particular social and historical context of the region where the law is applied.

Eugenio R. Zaffaroni,
Guido L. Croxatto

El pensamiento alemán en el derecho penal argentino*

1 El pensamiento alemán de influencia directa

Los pensadores de un país pueden influir sobre los de otro en forma *directa*, lo que sucede cuando un autor o corriente son adoptados expresamente, o bien *indirecta*, cuando su pensamiento se recibe a través de su contribución a la cultura general.

La tradición del pensamiento jurídico argentino – salvo en derecho constitucional [1] – es casi exclusivamente europea continental y, por ende, la influencia alemana también se recibió por vía indirecta, a través de su aporte a la cultura jurídica europea y, en especial, a la de vertiente iluminista y liberal.

Si bien la Constitución Nacional de 1853–1860 desde el proyecto de Alberdi [2] recogió el modelo político norteamericano, por ser el que se hallaba más a la mano en su tiempo, [3] impone la legislación por códigos [4] y, además, una de sus normas más definitorias, que marca el carácter personalista de todo el derecho argentino, trasunta tradición iluminista europea. [5]

Rastrear la influencia *indirecta* del pensamiento alemán en nuestro derecho penal requeriría una muy paciente investigación, debido a su gran incidencia en el pensamiento penal europeo en general. [6] No nos proponemos ahora llevar a cabo semejante tarea ciclópea, sino ocuparnos de la influencia *directa*, verificable en las fuentes histori-

* Conferencia brindada en el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (MPIeR), en septiembre de 2013, con ocasión de un Coloquio en el MPI sobre Historia del Derecho Europeo. Este texto fue elaborado con la colaboración aguda de Guido L. Croxatto, doctorando en Derecho en Alemania.

1 En las primeras décadas después de 1860 se tradujeron varias obras de interés constitucional del inglés: Grimke (1870), Tiffany (1874), Pachal (1888), Curtis (1866) y también *El Federalista* (Buenos Aires 1887). Esta fuente constitucional generó algunas contradicciones que permanecen en la doctrina y jurisprudencia argentinas, porque si bien el estado siempre fue – en el plano teórico al menos – constitucional de derecho, con control difuso de constitucionalidad de las leyes, el grueso de la doctrina jurídica se importó desde países que no conocían el control de constitucionalidad.

2 En 1852 publicó en Chile *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sud*, cuya 2ª edición del mismo año fue acompañada por su *Proyecto de Constitución*. La bibliografía sobre la obra y el pensamiento de Alberdi es enorme. Entre los últimos trabajos puede verse: Quatrocchi-Woisson (2011).

3 Al surgir el constitucionalismo moderno sólo se disponía de los modelos norteamericano, inglés y francés, cfr. Matteucci (1998) 24.

4 El inciso 11º del artículo 67 en su versión original de 1853–1860 disponía que el Congreso debía: *Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería* … De esta manera dejaba claro que el Congreso Federal debía legislar penalmente en forma de código y no anárquicamente. No es posible desvincular el origen del movimiento codificador moderno del enciclopedismo europeo.

5 Se trata de la primera parte del artículo 19º constitucional, que reza: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*. Esta disposición se encuentra desde los primeros ensayos constitucionales de 1815 y fue inspirada por Monteagudo y por el Presbítero Antonio Sáenz, primer catedrático de derecho natural y de gentes (cfr. Sampay [1975]). En la disyuntiva de Radbruch y de Max Ernst Mayer entre derecho *personalista o transpersonalista* (cfr. Mayer [1937] 156), la opción del art. 19º constitucional por el primero no puede ser más clara.

6 Puede dar una remota idea de esta complejidad echar mano de trabajos de autores de diferentes épocas y países: Costa (1953); Spirito (1932); Schmidt (1951); Vormbaum (2011); Dezza / Seminara / Vormbaum (2012); etc. De toda forma, esto no muestra los vínculos más complicados, como el hegelianismo penal alemán con el italiano del sur; del krausismo con Röder, la discusión con Carrara y la adopción por el correccionalismo español de Concepción Arenal; de la *controspinta* de Romagnosi con la *psychologische Zwang* de Feuerbach; y muchísimos otros entrecruzamientos más complejos.

cas,[7] la que tuvo lugar en dos niveles: el de la *codificación* y el de la *doctrina*, es decir, el *legislativo* y el *científico*, que corresponden a los dos capítulos en que dividimos la siguiente exposición.[8]

2 El origen de la codificación penal argentina

Mientras varios países de América Latina sancionaron códigos penales a pocos años de la independencia,[9] la Argentina fue el último en hacerlo, lo que no sólo obedeció a las dificultades y luchas previas a su unidad política, sino también a que las clases subalternas se controlaban punitivamente con el viejo sistema de incorporación forzada a los ejércitos[10] y con la aplicación arbitraria de las leyes españolas. Una única tentativa de codificación penal previa a la unidad política – en 1829 – careció de toda consecuencia ulterior[11] y buena parte de su texto se ha perdido. La unidad política – con sus luces y sombras – se alcanzó en 1860 y poco después comenzó la tarea de codificación penal.

Nuestro primer codificador fue el catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Carlos Tejedor (1817–1903), quien al recibir el encargo[12] tomó como modelo básico el texto bávaro[13] a través de la traducción francesa de Vatel,[14] pese a que en su obra general se nutría preferentemente de doctrina española y francesa.[15] Es curioso señalar que mientras Alemania se unificaba y adoptaba como base del *StGB* del Imperio el código prusiano,[16] en la Argentina se debatía y sancionaba el código penal de Baviera de Anselm von Feuerbach.[17]

El proyecto que remitió Tejedor en 1865 y 1867[18] obtuvo vigencia en casi todo el territorio[19] y fue sancionado en el Paraguay,[20] aunque en el orden nacional su sanción se demoró con la intervención de una comisión revisora que elevó otro proyecto diferente, cercano al español de 1870,[21] como también por cierta antipatía hacia

7 Excede el marco de esta exposición lo referente a la criminología y a la criminalística.

8 En el texto se observará que no podemos aislar por completo el tema de los otros países de América Latina, debido a la circulación bibliográfica que siempre ha existido.

9 El primero fue el código penal de El Salvador de 1826 (Menéndez, *Código Penal del Estado decretado por la Legislatura el 13 de abril de 1826*, T. I., 386); en Bolivia, *Código penal Santa-Cruz*, Paz de Ayacucho, 1831; en Ecuador, *Código penal de la República del Ecuador sancionado por la Legislatura de 1837*; en México, *Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz* (en «Derecho Penal Contemporáneo», 1965); en Brasil el *Código Criminal do Império do Brasil*, 1830; etc.

10 Este control provenía de las leyes coloniales *de leva*. El protagonista del poema narrativo *Martín Fierro*, escrito por José Hernández en 1872 y que se considera *poema nacional* argentino, sufre esta *medida de seguridad* de control punitivo.

11 Se tienen muy pocos datos de la primera iniciativa, llevada a cabo en tiempos del Gobernador Dorrego en Buenos Aires, y también de su autor, del que algún historiador afirma que se trataba de un espía francés, Bellemare (1829).

12 El 6 de junio de 1863 el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para designar a los redactores de los distintos códigos. Por decreto del 5 de diciembre de 1864 se designó a Carlos Tejedor para redactar el del Código Penal.

13 Cabe observar que quizá la segunda fuente tomada por Tejedor fue el *Código Criminal do Império do Brasil* de 1830, sobre el que ejerció influencia el proyecto de Livingston para Louisiana, al que no había sido del todo ajeno el código de Baviera. El *Código Criminal* influyó sobre la codificación española de 1848–1850 (reformada en 1870), que volvió como modelo a varios países latinoamericanos.

14 Vatel (1852). El Prof. Thomas Duve ha observado que incluso los defectos de la traducción de Charles Vatel – del código de Baviera, utilizado como referencia por el codificador argentino (la inmensa mayoría de nuestros teóricos manejaban y manejan el francés mejor que el alemán, razón por la cual gran parte de la filosofía alemana en general, y no solo de la filosofía del derecho en particular, ha sido mediaba por las traducciones francesas) están presentes en el proyecto de Carlos Tejedor, Duve (2005). La reflexión del Prof. Duve es interesante en un segundo aspecto más general: la importancia – no siempre atendida – del lenguaje en la filosofía y en el Derecho.

15 Tejedor (1860).

16 Cfr. Vormbaum (2011) 85.

17 Damos cuenta de este origen en Zaffaroni (2008).

18 Tejedor (1866).

19 Dada la inseguridad que daban las leyes coloniales, las provincias fueron sancionando el texto de Tejedor para suplir la omisión del Congreso Federal. Así lo hicieron La Rioja en 1876, Buenos Aires en 1877, Entre Ríos, San Juan, Corrientes, San Luis y Catamarca en 1878, Mendoza en 1879, Santa Fe y Salta en 1880 y Tucumán en 1881. En 1881 el propio Congreso Federal lo sancionó con vigencia para la Ciudad de Buenos Aires (ley 1.144). (Cfr. Nilve [1945] 35; Nilve [1955–1956]; García Basalo [1978]).

20 La ley paraguaya dispuso: «Declárase ley de la República el Código de la Provincia argentina de Buenos Aires, con las modificaciones, supresiones y adiciones hechas en la siguiente reproducción de su texto» (cfr. Medina y Ormaechea [1899] 40).

21 Tejedor / Villegas / Ugarriza / García (1881).

su autor, debida a su alto protagonismo político,[22] hasta que finalmente, en 1886 fue sancionado por el Congreso Nacional con modificaciones que en alguna medida lo distorsionaban, pero mantenían su fisonomía y sistemática.[23]

Cabe señalar que la única legislación penal importante hasta ese momento era la ley 49 de 1863,[24] que tipificaba los delitos federales contra la Nación, sin parte general.[25] El código penal de 1886 dejó vigente la ley 49, de modo que sólo tipificaba los delitos que juzgaban los jueces provinciales.

3 La matriz alemana en la codificación posterior

Al tiempo de su sanción, el código de 1886 – en especial por las antojadizas reformas introducidas en el Congreso – era un texto anticuado para la época. El gobierno encargó[26] a tres jóvenes profesores – fundadores de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires – un nuevo proyecto, elevado en 1891,[27] que se nutría de códigos más recientes, principalmente del holandés, del italiano y del húngaro,[28] aunque también mencionaba el código belga[29] y la ley francesa de deportación.[30]

El proyecto de 1891 no fue tratado por el Congreso Nacional y a partir de los primeros años del siglo pasado comenzó un complejo proceso que culminó en la sanción del código penal de 1921 que, casi destruido con unas novecientas reformas y derogaciones parciales, continúa en teoría vigente hasta hoy.[31]

En 1903 se sancionó una reforma parcial al código penal que introdujo – entre otras cosas[32] – la pena de relegación del proyecto de 1891.[33] En 1904 el gobierno nombró una nueva comi-

22 Tejedor fue elegido gobernador de la Provincia de Buenos Aires en 1878 y en 1880 aspiraba a la presidencia de la República, cuando el gobierno federal decidió *federalizar* la ciudad de Buenos Aires, contra lo cual Tejedor sublevó a la Provincia, dando lugar a la última guerra civil del siglo XIX, que costó unos cuatro mil muertos. Al año siguiente se publicaron los debates que tuvieron lugar en la Legislatura de Buenos Aires (1881) y Tejedor publicó un libro justificando el episodio, Tejedor (1881).

23 El debate en las Cámaras se conserva en los Diarios de Sesiones de Diputados y Senadores de 1885 y 1886. Se sancionó como ley 1.920 y la edición oficial es del año siguiente.

24 El 14 de setiembre de 1863, el presidente Mitre promulgó la ley 49, sancionada por el Congreso Federal el mes anterior: *Ley designando los crímenes cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales y estableciendo su penalidad*.

25 La ley 49 respondía a la necesidad del Ejecutivo Nacional de llevar adelante como *guerra de policía* la represión de las sublevaciones provinciales, especialmente la del Gral. Angel Vicente Peñaloza en el norte, quien al mes siguiente de esta sanción fue asesinado por fuerzas federales (cfr. Rosa [1974] VII, 35). Se atribuye el texto de esta ley a los ministros de la primera Corte Suprema de Justicia nombrados por Mitre (cfr. Maier [1989] I 178).

26 La Comisión fue designada por decreto del Presidente Juárez Celman del 7 de junio de 1890. El presidente sería derrocado por una revolución un mes más tarde y su mandato lo terminó el vicepresidente, Carlos Pellegrini.

27 Piñero / Rivarola / Matienzo (1891).

28 Se disponía de los textos en italiano y francés: Code Pénal des Pays-Bas (3 Mars 1881) traduit et annoté par Willem-Joan Wintgens, París 1883; Giulio Crivellari, Il Codice Penale per il Regno d'Italia (Approvato dal R. Decreto 30 Giugno 1889), Torino, 1889; Code Pénal Hongrois des crimes et des délits (28 Mai 1878), París, imprimé par ordre du gouvernement à l'imprimerie nationale, 1885. Sobre Antony Ewoud Jan Modderman, puede verse Heijnsbergen (1925) 219.

29 Nyppels (1872); Haus (1874).

30 Tesseire (1893); Barbaroux (1857). Sobre el desastre de la previa colonización en la Guayana Mury (1895).

31 Desdibujando la idea de sistema (consistente, y coherente) de normas como rasgo esencial de un código. A su vez esta idea (sistema consistente y coherente de normas jurídicas), que define a todo código, solo se puede lograr de una manera: respondiendo a una precisa filosofía que de forma, programa, postulados, y objetivos. Precisamente es lo que ha faltado con las sucesivas, dispersas, antojadizas y muchas veces antagónicas reformas: una filosofía. Un pensamiento integral, unificado, codificado. Un código. En este sentido estudiar la obra de penalistas como Anselm von Feuerbach resulta clarividente: su código de Baviera es la expresión cabal de un pensamiento. Solo un pensamiento unificado puede dar sentido y fundamento a un código. El todo es siempre mayor a la mera suma de las partes. Esta máxima sirve también para pensar la codificación.

32 *Código Penal de la República Argentina y ley de reformas del 22 de agosto de 1903*; Herrera (1911) afirmó que esta ley conservó lo peor y derogó lo mejor. Una fuerte crítica a esta ley le formuló en futuro artífice del código de 1921: Moreno (1908).

33 Este dispositivo sirvió para nutrir el penal de relegación más austral del mundo, en Ushuaia, que funcionó hasta 1947, construido por el arquitecto italiano C. Muratgia (Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, *Proyecto de reformas carcelarias, Informe de la Comisión Especial*, 1913). Sobre los detalles del proceso que culminó en la relegación en Ushuaia: Bergalli (1980).

sión[34] que en 1906 presentó un proyecto que seguía muy cercanamente al de 1891 y que tampoco mereció atención del legislativo.[35]

En 1916 el diputado Rodolfo Moreno (h)[36] desempolvó el proyecto de 1906 y lo presentó a la Cámara de Diputados, logrando que ésta creara una comisión especial, formada por conservadores, radicales y socialistas, que eran los tres partidos con representación parlamentaria en ese momento. De este modo, después de algunas alternativas logró la sanción del código penal de 1921.[37] El nuevo código incorporó los delitos federales (ley 49), de modo que fue el primer cuerpo legal que tipificó en un único código penal todos los delitos, cumpliendo acabadamente el mandato constitucional.

Uno de sus mayores méritos es su sobriedad en cuanto a definiciones limitadoras de la construcción científica, lo que ha facilitado la evolución doctrinaria y jurisprudencial.[38]

Dos son los aspectos que cabe destacar acerca del pensamiento penal alemán en el texto de 1921: la influencia de los proyectos suizos[39] y la conservación de la matriz bávara.

Si bien los proyectos suizos se mantenían al margen de las reformas alemanas, es evidente la cercanía de Karl Stooss con von Liszt en cuanto a la *doble vía* de penas y medidas.[40]

La influencia de los proyectos articulados por Stooss es clarísima al menos en dos puntos: en la introducción de la atenuante de emoción violenta en la parte especial,[41] que reemplazó al viejo uxoricidio por adulterio, denostado en la doctrina argentina de su tiempo,[42] y en la regulación de las medidas de seguridad para inimputables en la parte general, especialmente la que se suponía destinada a alcohólicos.[43]

Por otra parte, es sabido que la sistemática de la parte especial bávara de 1813 se opone a la napoleónica de 1810: en tanto que el código bávaro la encabezaba con los delitos contra la persona,[44] el francés lo hacía con los delitos contra el estado.[45] La obra de Feuerbach – por fortuna – no ha desaparecido del texto del código penal de 1921, pues nuestra codificación mantuvo su sistemática, bastante pionera en la codificación comparada en cuanto a destacar en primer lugar los delitos contra la persona.

Otro aspecto fundamental en que se conserva la matriz originaria es la exigencia de que el agente, en el momento del hecho, haya tenido la posibili-

34 La Comisión estaba integrada por Diego Saavedra, Francisco J. Beazley, Rodolfo Rivarola, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía, este último médico, uno de los más destacados exponentes del positivismo biologista.

35 *Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*. El mejor crítico de este proyecto fue Herrera (1911). En alguna medida conocieron el código noruego (*Nouveau Code Pénal Norwégien adopté par le Storthin le 22 Avril 1902*).

36 Fue un destacado político conservador: diputado, gobernador de la Provincia de Buenos Aires, embajador en Japón y candidato a Presidente (Moreno [1945]).

37 Sobre este proceso Peco (1921). El código se publicó oficialmente apenas en 1924 (*Código Penal de la Nación Argentina, Ley nº 11.179 con las modificaciones de las leyes 11.221 y 11.309*). Rodolfo Moreno (h) publicó un trabajo comparativo con los textos y proyectos anteriores en siete volúmenes (Moreno 1922–1923).

38 Contrasta en la codificación comparada con los textos posteriores al *Códice Rocco*, que abundan en conceptos de dogmática jurídico-penal legislados. Sus reglas de participación son sumamente simples y prácticas, al igual que la regulación de la tentativa, innovando sobre el de 1886, que para cerrar el debate acerca de los actos preparatorios había consagrado expresamente su impunidad (cfr. Romero [1969] 169).

39 Corresponde al artículo 105 del anteproyecto suizo de 1916, largamente trabajado por las comisiones suizas (*Vorentwurf zu einem schweizerischen StGB, Fassung der zweiten Expertenkommission*, 1917, 36; p. 39 de la versión francesa), que pasó a ser el art. 100 del proyecto definitivo y 113 del código suizo de 1937.

40 Cfr. Schmidt (1951) 389.

41 Artículo 81º, inc. 1º, apartado a) del Código en su redacción original: *al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hacían excusable*.

42 Cfr. Peco (1929); Garcia Torres (1926); Peña Guzmán (1969).

43 Además de la internación manicomial para *enajenados*, prevista en el segundo párrafo del inc. 1º del art. 34º, en el tercer párrafo dispone: *En todos los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso*.

44 *Bayerisches Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1813*, en Stanglein (1858), tomo I, p. 69: *Zweites Buch, Von Verbrechen und deren Bestrafung. Erster Titel. Von Privatverbrechen. Erstes Kapitel. Von Verbrechen wider das Leben Anderer*.

45 Code Pénal, Édition originale 1810. El art. 75º con que encabeza la parte especial es particularmente terminante: *Tout Français qui aura porté les armes contre la France sera puni de mort* (la discusión sobre la clasificación de los delitos en *Etude de législation pénale comparée, Code Français de 1810* (1852) 133).

dad de *comprender la criminalidad del acto*, no siendo suficiente la de la simple antijuridicidad. Esta exigencia del inciso 1º del artículo 34 proviene del mismo Feuerbach [46] como derivación de su *psychologische Zwang*. Hoy la interpretamos como exigencia de la posibilidad de comprensión de la *antijuridicidad penalmente relevante* y tiene la virtud de ampliar el error de prohibición [47] y de facilitar la solución de los errores acerca de la necesidad exculpante y de la punibilidad.

Con menor fidelidad que en los dos casos anteriores, pero con igual certeza, la matriz bávara se observa, tanto en la flexibilidad de las penas como en la redacción de la fórmula sintética para su individualización (artículo 41º del código penal). Esta última – con algunas inserciones [48] – acumuló criterios que provienen de Feuerbach y que se agruparon de modo un tanto confuso, pese a lo cual siguen siendo reconocibles. [49]

Ninguno de los proyectos de reforma integral del código penal que siguieron [50] alteró la sistemática de la parte especial y, por suerte, fracasaron los devaneos peligrosistas de algunos de ellos. Los últimos proyectos [51] no dejaron de receptar los debates que tuvieron lugar en el proceso de reforma alemán, seguido con interés en la discusión argentina y, en menor medida, el código austríaco.

La doctrina y la legislación alemanas no tuvieron ninguna influencia en las múltiples reformas legislativas que descodificaron la legislación penal argentina y desfiguraron el código penal de 1921, al compás de reclamos punitivistas del oligopolio de medios masivos de comunicación, en particular la televisión, todo lo cual debe atribuirse a la clara influencia del *neopunitivismo* norteamericano. [52]

4 Los antecedentes de la influencia doctrinaria alemana

En lo que hace a la ciencia jurídico-penal argentina, es indiscutible que, en la actualidad, la dogmática penal alemana tiene una influencia directa e incuestionable en la ciencia jurídico penal argentina. Basta revisar someramente las obras nacionales generales [53] y monográficas [54] para verificarlo.

46 El código bávaro en rigor se refería a la punibilidad, pero Vatel lo tradujo como *criminalité* y de ese modo pasó al código argentino hasta la fecha.

47 Cfr. Kaufmann (1973) 212.

48 Dos fueron las más importantes: (a) La co-culpabilidad, que proviene de Magnaud (con cita expresa en la labor codificadora) y que se remonta a Jean Paul Marat (cfr. Zaffaroni [1982]; sobre Marat: Rivacoba y Rivacoba [2000]); (b) la peligrosidad que se inserta inconsultamente en el Senado por obra de Juan P. Ramos (como Ramos [1926] 5 lo admite).

49 La *naturaleza de la acción* es la *calidad de la acción* del texto bávaro (art. 90); la magnitud del daño o del peligro (art. 91), los motivos y la conducta precedente (art. 92), la edad juvenil (arts. 98 a 100), la vejez (art. 103). Cfr. *Código penal para el Reino de Baviera (Promulgado por el Rey Maximiliano José en Munich el 16/5/1813)*, en Feuerbach (2007).

50 Fueron el proyecto positivista de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez de 1937, el más moderado de José Peco de 1941, el de Isidoro De Benedetti de 1951, el de Ricardo Levene (h) de 1953, el de Sebastián Soler de 1960 y el de parte general de 1973–1974.

51 Si bien durante la dictadura de 1976–1983 se renovó en 1979 el proyecto Soler de 1960, sólo pueden considerarse proyectos de la nueva generación los presentados después del restablecimiento del gobierno constitucional en 1983, que fueron los de reformas a la parte general varias veces reiterados y el proyecto integral de 2006, todos los cuales mantienen la estructura tradicional. Los textos de los códigos y proyectos argentinos hasta el final del siglo pasado se hallan reproducidos fotostáticamente en Zaffaroni/Arnedo (1996). El último, *Anteproyecto de ley del Código Penal de la Nación*, en www.cienciaspenales.net.

52 Nos referimos al proceso analizado por Simon (2007).

53 A puro título de ejemplo y sin la menor pretensión de ser exhaustivos basta con mencionar algunas de las obras de parte general y especial publicadas en años recientes: Bacigalupo (1999); Binder (2005); Righi (2007); Rusconi (2009;) Donna (2003); Terragni (2012); Buompadre (2009).

54 Es abrumadora la producción de monografías y artículos donde se discuten las posiciones acerca de la imputación objetiva, las tesis de Roxin y de Jakobs, el concepto de dolo, el derecho penal del enemigo, el normativismo y el ontologismo. Se publican documentados y voluminosos libros que se ocupan de estos y otros temas, algunos incluso escritos total o parcialmente en Alemania. La contribución de Marcelo Sancinetti al debate argentino es realmente impresionante, pudiendo mencionarse también a Gabriel Pérez Barberá en Córdoba, a Nelson Pessoa en Corrientes y a tantos otros. Las revistas especializadas se nutren básicamente de discusiones de estos temas y cualquier enumeración sería no sólo una labor que excede el cometido de esta presentación, sino seguramente injusta, pues es casi imposible abarcar toda la producción actual.

Lo mismo cabe decir respecto de la producción latinoamericana en general.[55]

En síntesis, podemos afirmar que nadie discute el nivel prioritario de la ciencia penal alemana y, en buena medida, las discusiones regionales se ocupan de los mismos temas y se dividen los autores en análogos bandos y opiniones, incluso con relación directa y muchas veces discipular con los profesores alemanes.

No me ocuparé del momento actual, pues no tiene sentido traer a Alemania sus propios debates científicos. Creo que lo más importante es explicar cómo llegó la ciencia penal argentina y latinoamericana a abrazar por completo la técnica alemana, pues hace un siglo apenas tenía noticia de ella, fuera de algunos aislados antecedentes en Brasil,[56] desconocidos en Argentina y en el resto de la región.

Las obras generales argentinas posteriores a la pionera de Tejedor se nutrían de la doctrina *clásica* italiana y francesa y de comentarios españoles.[57] Pero rápidamente el positivismo de vertiente *spenceriana* se convirtió en la filosofía dominante de la elite hegemónica del país,[58] pues legitimaba el paternalismo en una república que, pese a su Constitución liberal, era gobernada por una oligarquía latifundista, que crecía con las divisas provenientes de su condición de único exportador de carne enfriada, al tiempo que aseguraba su poder político con un sistema electoral fraudulento.[59]

En este contexto, el positivismo peligrosista italiano llegó muy rápidamente a la *Argentina*,[60] donde fue acogido con general beneplácito y pasó a dominar de inmediato en la ciencia penal,[61] incluso a la más conservadora,[62] aunque con modalidades muy particulares, pues se conservó la sistemática de los viejos prácticos (*objetivo / subjetivo*) en el delito y no se asimiló del todo el determinismo ni la *responsabilidad social* de Ferri.[63] Lo que el penalismo argentino adoptó del positivismo italia-

55 También a mero título de ejemplo, podemos mencionar las obras generales de Fernández Carrasquilla (2012); Velasquez V. (2009); Villavicencio Terreros (2007); Cirino dos Santos (2000); Peña Cabrera (1994); Geuros Souza / Japiassu (2012); Greco (2003); Dotti (2010); Brito Alves (2010); Villa Stein (2008); Villamor Lucía (2003); Flávio Gomes (2007); Bustos Ramírez (2005); Cury Urzúa (2005); Días-Aranda (2003); los trabajos de Nilo Batista y Juarez Tavares en Brasil, y aún muchas más, sin contar con el mismo fenómeno que en la Argentina en cuanto a temas monográficos, traducciones, libros, artículos, revistas y temarios de congresos y seminarios, con frecuencia con la participación de los mismos penalistas alemanes.

56 El primer introductor moderno de los penalistas alemanes fue Tobías Barreto (1839–1889) en la Facultad de Derecho de Recife, siendo notables Barreto (1926b), Barreto (1926c); todos sus trabajos penales en Barreto (2000), parte II, 163–362; son importantes sus *Estudos Alemaes* (1926a). Sin duda fue el penalista más creativo de la región en esos años. Sobre su vida y obra: Barreto (1994); Mercadante / Paim (1972); Lima (1943). Cabe agregar que la primera traducción de la obra general de von Liszt a otra lengua la hizo José Higino Duarte Pereira en Brasil (Liszt [1898]).

57 Ejemplar en este sentido es el *Curso de Derecho Penal* de Manuel Obarrio, de 1884, cuya edición de 1902 está precedida de una *Introducción sobre la escuela positiva*, donde rechaza las teorías lombrosianas. Los comentarios españoles más frecuentemente consultados eran los de Pacheco (1870), Viada y Vilaseca (1877), Groizard y Gómez de la Serna (1870), Gómez de la Serna y Montalbán (1865).

58 Esto fue común a toda la región (sobre México, por ejemplo, el grupo de *los científicos*, que era el *think tank* de la dictadura de Porfirio Díaz, cfr. Zea (1968); Valadés (1987).

59 El pensamiento era neocolonialista y racista: los pueblos latinoamericanos no podían gobernarse hasta que se desarrollaran como las razas superiores; las oligarquías eran las minorías iluminadas y civilizadas que debían gobernar hasta que culminase este proceso biológico. En la Argentina el racismo se dirigió primero contra el mestizo o *gaucho* y más tarde contra el *inmigrante degenerado*, por lo general anarquista. Contra el anarquismo se sancionaron leyes de expulsión de extranjeros y de *defensa social* (cfr. Dura [1911]; Pavón [1913]; Herrera [1917]). Cabe aclarar que el origen del sindicalismo argentino fue anarquista (cfr. Oved [1978]). El racismo, derivado de la teoría de la degeneración francesa, era una verdad dogmática en Argentina y en Latinoamérica, que atribuía la inferioridad biológica al mestizaje: por ejemplo, los escritos de Bunge (1903); Ingenieros (1957). En Brasil, puede verse Nina Rodrigues (1894).

60 En 1888 Luis María Drago suscribe las tesis lombrosianas en *Los hombres de presa*, traducido al italiano y publicado con prólogo del propio Lombroso (Drago [1890]).

61 Las cátedras se entusiasmaron con el positivismo: basta ver los apuntes de clase de Osvaldo Piñero (Piñero [1902]; Piñero [1909]; compárese también con *Apuntes de Derecho Penal* de Romañach y Miranda Naón [1892]). El dominio del positivismo en ese tiempo fue analizado exhaustivamente por la investigadora italiana Giuditta Creazzo en su tesis de Maestría de la Universidad de Bologna, Creazzo (2007).

62 Se suponía que éstas eran las de la Universidad de Córdoba, pero su catedrático y ministro de la Corte Suprema de la Nación, Cornelio Moyano Gacitúa, si bien con alguna ligera precaución, no quedó al margen de la ola positivista: Moyano Gacitúa (1899), Moyano Gacitúa (1905).

63 Cfr. Avila (1969) 129.

no fue más bien su aspecto *policial*, o sea, la idea de *peligrosidad*.

El más importante comentador del código de 1886 fue Rodolfo Rivarola,[64] catedrático de derecho penal en Buenos Aires. Hombre polifacético, lo fue también de ética en la Facultad de Filosofía, donde evolucionó desde el darwinismo social al kantismo,[65] lo que se observa claramente en su posterior obra general,[66] pese a que fue publicada en pleno auge del positivismo en la Argentina.

Si bien Rivarola no fue un filósofo puro, se reconoce su influencia en la filosofía argentina, ubicándolo como un pensador no positivista.[67] Cabe recordar que la figura más notoria del positivismo fue José Ingenieros – médico, considerado fundador de la criminología argentina[68] – quien tuvo como fuerte contradictor a otro médico filósofo: Alejandro Korn.[69]

Lo cierto es que el código, de matriz bávara, no se trabajó científicamente conforme a su fuente originaria, porque no se conocía la obra de Feuerbach en la Argentina,[70] pero los trabajos de Rivarola se acercan bastante a una elaboración próxima a la del autor de la fuente originaria, dado que, en último análisis, Feuerbach también era un *criticista*, pues sus objeciones juveniles a Kant eran disidencias dentro de la misma metodología filosófica.[71] La primera influencia alemana es, pues, tangencial: a través del kantismo de Rivarola, el penalismo argentina se acercó al autor del texto base de su primer código.

5 La primera etapa de la influencia alemana directa: entre von Liszt y el neokantismo

Hasta la cuarta década del siglo pasado puede decirse que el positivismo dominó las cátedras y las obras generales de la materia seguían fielmente esta línea, al menos en lo que hacía a la pena,[72] siendo ejemplares las de Eusebio Gómez[73] y Juan P. Ramos.[74] Ferri había visitado la Argentina[75] y la literatura penal no deja ninguna duda acerca de la hegemonía del peligrosismo italiano,[76] que incluso trató de sancionar proyectos de *estado peligroso sin delito*,[77] un código abiertamente positivista[78] y luego otro que se suele calificar de *neopositivista*.[79]

La llamada *Guerra Civil Española* provocó el exilio de todos los intelectuales republicanos y, entre ellos de penalistas, que se esparcieron o viajaron por la región y comenzaron a publicar en Latinoamérica. En la ciencia jurídico-penal se destacó Luis Jiménez de Asúa, que había estudiado – entre otros – con von Liszt en Berlín, desde cuya estructura teórica se desplazó hacia el neokantismo[80] y se instaló en la Argentina,[81] donde publicó

64 Rivarola (1890).
65 Los programas se publican en Rivarola (1945). Puede verse: Velasco (1944); Guerrero (1945).
66 *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Madrid, 1910. Es interesante su libro *La justicia en lo criminal* (Rivarola 1899). En cuanto a Rivarola (1910), cfr. Spolansky (1969) 60.
67 Cfr. Farre (1958) 50.
68 Sobre Ingenieros: Agosti (1975); Rodríguez Kauth (2001).
69 Korn (1938). En la generación posterior el filósofo más crítico del positivismo fue Coriolano Alberini (Alberini 1966).
70 Aún hoy es poco lo que se ha traducido de Feuerbach al castellano: Feuerbach (1997); Feuerbach (1813/2007); Feuerbach (2010). Su obra más importante para el derecho penal no ha sido traducida a otra lengua (*Revision des Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*).
71 Cfr. Zaffaroni, en la presentación del Feuerbach (2010); Cattaneo (1970).
72 La primera obra general posterior a la sanción del código de 1921 fue la de González Roura (1925), poco clara científicamente, pero que concedía amplio margen a la idea de *peligrosidad*. En el primer comentario amplio (Malagarriga [1927]), su autor parece indicar que todos los elementos del art. 41 (individualización de la pena) serían indicadores de la *peligrosidad*.
73 Gómez (1939).
74 Ramos (1935).
75 Sus conferencias en Testena (1911).
76 Gómez (1912) publicó una reseña bibliográfica, donde es posible apreciar la enorme extensión que había logrado el positivismo criminológico italiano.
77 Arreciaron en la segunda década del siglo pasado y comienzos de la tercera, pero por fortuna nunca fueron discutidos en el Congreso Nacional. Se remitieron en las presidencias de Alvear (1922–1928) y de Justo (1932–1938); Yrigoyen, que fue el primer presidente electo sin fraude (1916–1922 y 1928–1930), era un admirador de Krause y abiertamente contrario a esos disparates de la época.
78 Proyecto Coll-Gomez de 1937.
79 Proyecto Peco de 1941.
80 Se hallaba cerca de von Liszt en Jiménez de Asúa (1931).
81 Fue Profesor en las Universidades de La Plata, del Litoral (Santa Fe) y Director del Instituto de Derecho Penal en la de Buenos Aires, hasta 1966, falleciendo en esta ciudad cuatro años más tarde. Una investigación completa de su vida, obra y bibliografía fue realizada por Mattes (1972).

su obra más extensa.[82] Sin duda que fue este autor quien más contribuyó en las dos décadas siguientes a la difusión de la dogmática penal alemana en la región. La sistemática neokantiana del delito fue seguida en incontables obras latinoamericanas en lengua castellana.[83] La traducción de Edmund Mezger[84] tuvo gran importancia también en esta difusión y la profusión de citas de este autor en las obras de la época es notoria.[85]

En Argentina, por un camino concurrente, Sebastián Soler, profesor en Córdoba y luego en Buenos Aires,[86] emprendió con su tesis de 1929 un fuerte embate contra el peligrosismo,[87] tradujo a Beling[88] y publicó en la década de los cuarenta su obra general,[89] siguiendo la técnica alemana, aunque manteniendo cierta cercanía a Liszt, de la que luego se fue alejando,[90] en especial en sus trabajos jusfilosóficos. La obra de Soler significó el comienzo del ocaso del positivismo peligrosista italiano en la literatura penal argentina y del ascenso de la dogmática penal alemana.

El marco ideológico del positivismo se desintegraba, debido a su bajísimo nivel de pensamiento. Su grosero o rudimentario materialismo se hacía insostenible, el reduccionismo biologista, el monismo causal fisicalista, el burdo organicismo social y su poco disimulable racismo, aceleraban su fin. Pero también fue declinando hegemonía a medida que las elites latinoamericanas perdieron poder, como resultado de procesos de ampliación de ciudadanía real, algunos dramáticamente violentos como la Revolución Mexicana;[91] en la Argentina, este proceso se produjo por etapas, acelerándose a partir de 1946, aunque por vía mucho menos violenta.[92]

De este modo, el positivismo penal se fue quedando sin base filosófica. La crisis de sus embustes pseudocientíficos, la defección política y filosófica

82 Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, comenzó a publicarse en 1950 y siguió hasta su muerte en 1970, quedando incompleto. Antes había publicado *La ley y el delito* (1945b). Sus trabajos parciales fueron recogidos en los tomos de la serie *El criminalista* (Jiménez de Asúa [1941–1949]); es importante su obra de comparatista penal latinoamericano: Jiménez de Asúa / Zacarés (1946).

83 Así, por ejemplo, Carrancá y Trujillo (1988); Castellanos Tena (1977); Gaitán Mahecha (1963); Mendoza (1996); Novoa Monreal (1985); Porte Petit (2003); Bramont Arias (1994); Arteaga Sánchez (1985); Reyes Echandía (1972); etc. Aunque no elaboraron obras generales, son importantes las investigaciones y trabajos en esta línea de los discípulos de Jiménez de Asúa: Carlos Gallino Yanzi y Jorge Frías Caballero en la Argentina, los españoles Mariano Jiménez Huerta en México, Blasco Fernández de Moreda en México y Argentina y Manuel de Rivacoba y Rivacoba en Argentina y Chile.

84 Nos referimos a la traducción de Rodríguez Muñoz, *Tratado de Derecho penal* (Mezger [1946]). El *Studienbuch* fue traducido en la Argentina por Conrado Finzi, (Mezger [1958]); la traducción de Wilhelm Sauer (Mezger [1956]) no repercutió en la doctrina argentina. Hoy que se ponen de manifiesto las posiciones autoritarias de Mezger, cabe observar que no se tradujeron en su momento las importantes obras penales de otros autores neokantianos liberales, como Max Ernst Mayer (la traducción de Sergio Politoff revisada por Guzmán Dalbora, se publicó apenas en 2007), Hellmuth von Weber (publicada en 2008), como tampoco los trabajos penales de Gustav Radbruch, pese a que los jusfilosóficos del primero y del último se tradujeron y alcanzaron gran difusión.

85 Cabe aclarar que Brasil siguió una ruta independiente: el positivismo se opacó en gran medida con los monumentales *Comentários ao Código Penal* de Nelson Hungría (1978) y creemos que la obra con que alcanzó su mayor nivel el neokantismo penal fue Bruno (1984).

86 Posteriormente fue autor del proyecto de Código Penal de 1960.

87 Soler (1929); Soler (1934).

88 Tradujo los *Grundzüge* de 1930 (Beling [1944]).

89 Soler (1945–1946) (se trata de una obra en cinco volúmenes, de la que hay sucesivas ediciones actualizadas).

90 Tradujo la *Estructura del concepto de culpabilidad* de Reinhard Frank (1966).

91 No obstante, el efecto no fue automático. En México, si bien los filósofos de la Revolución eran antipositivistas, el positivismo penal continuó vigente. Se sancionaron varios códigos estaduales de *defensa social* (siguiendo el modelo cubano), en el orden federal y del DF el código Almaraz de 1929 siguió esa corriente, al igual que el de 1931, pese a que sus autores lo consideraban *ecléctico* (con detalle, Zaffaroni [1985]). Véase también Zea (1998). Entre nosotros, en un sentido alejado del derecho, Mario Bunge cuestiona con fuerza el efecto demagógico (conservador) del positivismo. Estas incoherencias entre la filosofía antipositivista de un momento histórico y la simultánea supervivencia del *positivismo* penal, tampoco fueron ajenas a la Argentina, aunque cabe explicarlas más por competencia académica que en razones estructurales.

92 El período radical (1916–1930) extendió ciudadanía real a la clase media; después de una etapa de regresión (1930–1945), se operó una ampliación que incorporó a amplios sectores obreros (1946–1955). Si bien hubo episodios violentos (*semana trágica* en 1919; bombardeo a la Plaza de Mayo en 1955, ejecuciones en 1922, 1930, 1931, 1956), su magnitud no es ni lejanamente comparable a la Revolución Mexicana.

del propio Ferri[93] y su sospechoso vínculo con el racismo – del que todos quisieron tomar distancia en la posguerra[94] – hicieron las veces de lápida.[95] En la Argentina, sobrevivió en algunos trabajos aislados, en alguna cátedra[96] y en la criminología,[97] pero prácticamente desapareció del campo del derecho penal, aunque con algunos rebrotes inorgánicos.

Con el ocaso del positivismo comenzaron las polémicas acerca de la culpabilidad psicológica o normativa[98] y aparecieron dos obras generales de derecho penal elaboradas sobre un modelo dogmático que se movía entre Liszt, Beling y los neokantianos: Ricardo C. Núñez[99] en Córdoba y Carlos Fontán Balestra[100] en Buenos Aires. En síntesis, en los años sesenta del siglo pasado, las obras generales que dominaban la ciencia jurídico-penal argentina eran las de Soler, Núñez y Fontán Balestra, como también los tomos con que Jiménez de Asúa avanzaba en su trabajo enciclopédico. Era de rigor la lectura de Liszt, Beling y Mezger.

De cualquier manera, la dogmática alemana se había vuelto dominante no sólo en la Argentina, sino en toda la región, como lo demuestran los trabajos del llamado *Código Penal Tipo*, desarrollados principalmente durante los años sesenta[101] y que proyectaron la consagración legislativa regional de la sistemática neokantiana del delito, que parecía inconmovible.[102]

La polémica alemana entre *finalismo* y *causalismo* se fue conociendo por referencias,[103] aunque se publicó en Buenos Aires una traducción de la parte general de Welzel en 1956,[104] que en su momento no resultó muy comprensible. La traducción española de Maurach[105] permitió entender mejor las cuestiones sistemáticas de teoría del delito que se debatían, como también el libro publicado por el propio traductor de Maurach,[106] siendo lo más determinante la traducción de *El nuevo sistema del derecho penal*[107] y, por fin, la traducción chilena de la parte general,[108] como también la de trabajos de filosofía jurídica del catedrático de Bonn.[109] Con anterioridad, algunos escritos habían comenzado a poner de manifiesto el interés por su pensamiento y a adelantar la polémica.[110]

6 La polémica «finalismo-causalismo» en la Argentina de los setenta

El contacto directo con los autores alemanes hasta la década de los años sesenta era muy escaso y difícil. La revolución comunicacional que vivimos hace que esto parezca hoy extraño o demasiado

93 La claudicación filosófica de Ferri frente al idealismo actual y la política ante el fascismo, desilusionó a sus partidarios locales, Gómez (1947).

94 Entre otras cosas se perdió en el olvido la lamentable polémica entre el último de los positivistas importantes y el más alto exponente del neokantismo, sostenida en la RIDPP. La traducción castellana: Filippo Grispigni (Mezger [2009]).

95 Los trabajos del primer congreso de criminología de posguerra (París, 1950) mostraron el desconcierto de esta disciplina al renunciar a su base biologista.

96 Recordamos en Buenos Aires en los años cincuenta a los profesores Jorge Eduardo Coll y Juan Silva Riestra.

97 Principalmente la cultivada por médicos legistas, como Nerio Rojas y Roberto Ciafardo.

98 Se tradujo en Córdoba Goldschmidt (1943); también se publicó póstumamente Goldschmidt (1944) y la discusión continuó: De Bendetti (1945); Nuñez (1946); Caballero (1970) 83; etc.

99 Nuñez (1959–1960). Sobre su vida y obra Marcó del Pont (1997). En su último libro (1988) Nuñez siguió manteniendo la estructura neokantiana. Nuñez (1972) es, a nuestro juicio, la obra en que la concepción neokantiana alcanzó su más esmerada construcción en la Argentina.

100 Fontán Balestra (1966).

101 *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, 1968; *Código penal Tipo para Latinoamérica*, publicado bajo la dirección del Prof. Francisco Grisolía, 1973.

102 La Argentina participó con dos comisiones, que respondían a Jiménez de Asúa y Soler respectivamente, que se habían distanciado como resultado de las críticas del primero al Proyecto de Código Penal del segundo. De la comisión del primero oficiaba como vocero Francisco P. Laplaza, y de la del segundo Eduardo Aguirre Obarrio y Guillermo J. Fierro.

103 Especialmente Rodríguez Muñoz (1953).

104 Welzel (1956).

105 Nos referimos a la traducción de Juan Córdoba Roda (Maurach [1962]).

106 Córdoba Roda (1962).

107 La traducción de *Das neue Bild des Strafrechtssystems* es de J. Cerezo Mir (Welzel [1964]).

108 Welzel (1970), traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. En Chile había publicado Sergio Politoff *Los elementos subjetivos del tipo penal* (1965), y Juan Bustos Ramírez *Culpa y finalidad* (1967), dos monografías de excelente calidad. Con carácter general, Cury Urzúa (1969).

109 Entre otros, Welzel (1962); Welzel 1957.

110 Hubo otras publicaciones (Adela Reta en Uruguay en 1959, nosotros en México en 1966), que no tuvieron repercusión en la Argentina, donde Bacigalupo publicó en 1965 *La noción de autor en el Código Penal*.

lejano en el tiempo, pero no eran muy habituales los desplazamientos académicos a Europa por tiempo prolongado, y menos a Alemania. Si bien en 1960 había estado Maurach en Buenos Aires, [111] su presencia no dejó mayor huella posterior. Fue a partir de mediados de esa década que, en los seminarios de la *Alexander von Humboldt Stiftung* se despertó interés por el llamado *finalismo* y, merced a las becas de esa Fundación, varios penalistas argentinos y latinoamericanos pudieron permanecer por largas temporadas en Alemania. [112]

En el *mundo penal* de Argentina, la difusión del *finalismo* de Welzel [113] tuvo un notable impulso a raíz de un evento académico importante, que fueron las *Jornadas Internacionales de Derecho Penal argentino* de la Universidad de Belgrano en 1971, [114] que convocó a un notable grupo de profesores europeos, [115] entre los que se hallaba el propio Welzel, Jürgen Baumann, Klaus Roxin y Armin Kaufmann. La presencia de estos últimos reforzó el interés de los jóvenes penalistas argentinos del momento por las entonces nuevas corrientes alemanas. [116] En el propio congreso hubo trabajos argentinos en la línea del finalismo [117] y, sin duda, la tónica del evento permitía verificar que se tambaleaba la firme estructura neokantiana, que hasta ese momento se consideraba poco menos que inconmovible.

Con posterioridad, los trabajos en la nueva línea se hicieron más frecuentes, en especial los publicados en las revistas *Nuevo Pensamiento Penal* y luego en *Doctrina Penal*, y en los años siguientes aparecieron exposiciones más completas. [118]

Era inevitable la discusión con los partidarios de la sistemática neokantiana. No obstante, ésta no se centraba en la teoría del conocimiento que separaba y daba fundamento a ambas posiciones, o sea que, en el campo penal no se discutía en general acerca de las tesis de las *sachlogischen Strukturen* de Welzel ni del opúsculo de Mezger de 1950, [119] sino casi exclusivamente sobre las consecuencias para la sistemática del delito.

Por ende, la discusión argentina se centraba en general en la posición del dolo (tipo o culpabilidad), en su naturaleza (si abarcaba o no la llamada *consciencia de la antijuridicidad*), en sus efectos sobre la teoría del error (unitaria o diferenciada) y en la omisión.

Lo cierto es que en este debate los nombres de los penalistas alemanes se volvieron no sólo familiares, sino incluso dominantes en la discusión de la ciencia jurídico-penal argentina y se generalizó la aceptación del método y de la hegemonía de la ciencia penal alemana. [120] Se sepultaron sin muchos honores los últimos rebrotes – ya obsoletos en ese tiempo – del viejo positivismo [121] y los contactos directos con los académicos alemanes se hicieron más frecuentes, con viajes y permanencias prolongadas de penalistas argentinos. [122]

No obstante, este debate y el llamado *finalismo* tuvieron un curso tortuoso en la Argentina, que por curioso resulta seguramente poco comprensi-

111 *Jornadas de derecho penal (Buenos Aires 22–27 de agosto de 1960)* 1962.

112 Entre los argentinos, Enrique Bacigalupo y Gladys N. Romero.

113 En las revistas se podía ver el interés que iba despertando (por ejemplo, la traducción de Welzel [1968]).

114 Campos (1973).

115 Los italianos Giuseppe Bettiol, Giuliano Vassalli, Angelo Raffaele Latagliata y Dario Santamaria, los españoles Marino Barbero Santos y Enrique Gimbernat Ordeig y los alemanes Hans Welzel, Jürgen Baumann, Klaus Roxin y Armin Kaufmann.

116 Hubo una ponencia de Welzel (1951) y la cit. de Kaufmann (1973).

117 Así, el relato de Enrique Bacigalupo (2002), y las ponencias de Gladys N. Romero (*¿Constituye el deber de garantía, en los delitos impropios de omisión, un elemento del tipo o de la antijuridicidad?*) y Zaffaroni (1971).

118 Bacigalupo (1974); Zaffaroni (1973).

119 Mezger (1950).

120 Hubo un interesante intento de aproximación metodológica al derecho anglosajón: Nino (1980); también Nino (1984).

121 Algunos brotes tardíos pueden verse en los proyectos de parte general de 1974–1975 (cfr. Zaffaroni / Arnedo [1996] T. 7), entre otros la propuesta de medidas de seguridad para homosexuales.

122 En esa década es dable señalar los nombres de Enrique Bacigalupo, Gladys Romero, Roberto Bergalli, Julio Maier, Carlos Elbert y algunos otros. Algo similar comenzaba a suceder en otros países, como por ejemplo el peruano José Hurtado Pozo (más tarde catedrático en Suiza), el costarricense Francisco Castillo González (catedrático de la Universidad de Costa Rica) y el mexicano Moisés Moreno (tesis doctoral Moisés Moreno (1977]). Esteban Righi, desde la cátedra en su exilio mexicano, seguía los pasos de la nueva corriente.

ble para los alemanes [123] y sólo explicable por los lamentables y dramáticos accidentes políticos del país.

Desde 1930 – en que por primera vez en el siglo se rompió abiertamente el orden constitucional –, se sucedieron golpes de estado (1943, 1955, 1962, 1966) y la década de 1970 comenzó bajo el imperio de un régimen militar, producto del golpe de estado de 1966, que culminó con la convocatoria electoral de 1973, de la que surgió un gobierno democrático, promisorio pero de fugaz duración. Renació la violencia política y el gobierno fue tomando un giro también peligrosamente violento, hasta ser derrocado por el golpe militar de 1976, apoyado por los sectores más reaccionarios y ultramontanos, en momentos en que las dictaduras sangrientas cundían por América Latina. Si bien la Argentina había sufrido golpes de estado y dictaduras, ninguna fue comparable en criminalidad, crueldad e insensatez, a la que padeció entre 1976 y 1983, cuyo objetivo económico fue el desbaratamiento de buena parte del aparato productivo del país.

Algunos de los jóvenes penalistas que, atraídos por las perspectivas de un destino mejor para el país, habían participado en la primera etapa del gobierno democrático, tuvieron que marcharse al exilio – incluso antes del golpe de 1976 –, pues peligraban sus vidas. [124] Esto, sumado a la mala fe y a la complicidad política de ciertos connotados partidarios del llamado *causalismo*, dio lugar a que se motejara al *finalismo* como marxista o *filomarxista*, aunque parezca una enormidad, dado que, como es notorio, el realismo de Welzel no pasaba de cierta consonancia con el momento de la construcción de la República Federal.

Esta imputación no se formuló por escrito por ningún penalista importante, porque eran conscientes de la aberración y sólo la expresaban solapadamente; tampoco ninguno de ellos teorizó en el país un derecho penal de *seguridad nacional*. Esto último lo hizo un tratadista uruguayo, al que la Universidad de Buenos Aires (intervenida por la dictadura) le otorgó el grado de *Doctor honoris causa*, [125] habiéndose encargado también de cumplir la triste misión de afirmar por escrito lo que sus colegas argentinos no se animaban a hacer. [126]

Si bien no hubo una pura persecución por *finalista*, para el oficialismo genocida esta corriente estuvo teñida de una suerte de *progresismo sospechoso*. No obstante, en un nivel más alto de la discusión teórica, ésta siguió su curso, especialmente en las revistas, [127] liberándose de estas insidias a partir de 1984, con la normalización y la provisión de las cátedras de las universidades nacionales por concursos abiertos.

A partir de la segunda mitad de los años ochenta se abre el período que podemos considerar actual, con neto predominio de la dogmática jurídico-penal alemana y, tal como lo señalamos antes, se multiplicaron los contactos directos que habían comenzado años antes.

123 Dimos cuenta de este curso en el seminario «Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica» (Università degli Studi Federico II, Napoli, 2002): *Che cosa resta del finalismo in America Latina?* (2002).

124 Nos referimos a Enrique Bacigalupo, Esteban Righi, Gladys Romero, Leopoldo Schiffrin, entre otros. Juan Bustos Ramírez y Roberto Bergalli lograron salir del país después de sufrir prisión sin proceso, o sea, detención *a disposición del P. E.*, en virtud del *estado de sitio*. Las gestiones alemanas contribuyeron decididamente a su rescate de la prisión y salida del país, en particular las de Hilde y Armin Kaufmann, que viajaron a ese efecto a Buenos Aires.

125 Así, Bayardo Bengoa (1975). Estas ideas le valieron ser Ministro de Justicia de la dictadura de su país. En un *totum revolutum* construye un delito *de lesa Nación*, que afectaría a la nación misma, pero no en el sentido de la traición a la patria tradicional, sino como una nebulosa *subversión* (p. 20).

126 Lo hizo en un trabajo posterior, donde criticó las tesis del finalismo concluyendo que *puede transformar al derecho penal en el paraíso de los doctrinos de una nueva* Weltanschauung, *resuelta e interpretada según las mentadas verdades eternas, o considerar con argumentos metajurídicos, que el derecho penal es el «instrumento técnico» para asegurar la preservación de las masas proletarias. // La enunciación de cuyos riesgos, es de suyo elocuente como para plantear el impostergable abandono de la posición doctrinaria examinada* (Bayardo Bengoa [1983] 58).

127 Se multiplicaron también las traducciones de Bacigalupo, de Gladys Romero (en 1982, en el exilio en Madrid, Gladys Romero tradujo el *Derecho Penal* de Günter Stratenwerth [1982], obra de especial claridad), que junto con las españolas contribuyeron a difundir textos de Klaus Roxin, Joachim Hirsch, Armin Kaufmann, etc.

7 La *innere Gesinnung* de la recepción argentina

Como hemos dicho, hoy las discusiones en la ciencia jurídico-penal latinoamericana reproducen los debates alemanes en casi todos los países. La técnica jurídica alemana ha sido adoptada en toda la región y casi nadie pone en duda seriamente su superioridad metodológica.

Llegados a este punto, es hora de preguntarnos si no estamos en condiciones de hacer una *devolución*, o sea, si el aporte alemán es unidireccional o si, por el contrario, no debemos contribuir con una respuesta a la cultura jurídico-penal general.

En este sentido, rechazamos de plano imputaciones de *colonialismo* jurídico-penal alemán y similares. Si hubiere una influencia meramente unidireccional o de pura recepción acrítica, no sería responsabilidad del pensamiento penal alemán – ni resultado de ninguna pretensión por parte de sus penalistas –, sino de la pobreza de nuestra capacidad de devolución creativa.

La ciencia jurídico-penal alemana no fue adoptada en la Argentina sólo por su alto grado de elaboración y consiguiente capacidad de solución lógica de problemas, [128] sino que su versión neokantiana fue asumida como un instrumento de lucha contra el siniestro positivismo. *Lo nuevo* no sólo aparecía como avanzado por renovador y de superior calidad técnica, sino como instrumento de lucha contra una cosmovisión abiertamente reaccionaria y hasta racista. [129]

Si bien no siempre se lo expresaba con claridad, en esa lucha contra el positivismo dominaba cierta certeza de que el concepto normativo – o el *natural* – de acción, la tipicidad y la antijuridicidad objetivas (más bien un injusto objetivo) y una culpabilidad psicológica (o bien normativa compleja) conteniendo un dolo con consciencia de antijuridicidad (dolo *malo*), bastaban para garantizar – en cualquier circunstancia – un derecho penal liberal o de límites al poder punitivo. Expresa o tácitamente, así la entendieron quienes la difundieron en la Argentina y en toda la región, casi todos ellos penalistas de indudables convicciones democráticas y en muchos casos avanzadamente progresistas; tan ciertos estaban de esto, que trataron de consagrar sus categorías legislativamente en un código penal *modelo* de validez regional. [130]

Por lo tanto, cualquier discusión que pretendiera alterar ese esquema teórico era considerada peligrosa e incluso sospechada de cercana al *derecho penal autoritario*, idea en la que se englobaba tanto al nazista como al fascista y al *stalinista*. [131] Esto facilitó que en el debate de los años setenta, los planteos de la dogmática alemana que llegaron a la Argentina en tiempos de violencia fuesen considerados peligrosos, circunstancia aprovechada – como vimos – por algunos personajes de la época, mientras otros las tildaban de *filonazistas*.

Los desvaríos nazistas de buena parte de los más connotados neokantianos alemanes eran considerados como productos coyunturales del miedo o, en el peor de los casos, censurados sólo por abjurar de los *verdaderos* principios de la ciencia penal. [132] Los *verdaderos* neokantianos eran para estos autores los que no se habían plegado al nazismo, sea porque fueron privados de sus cátedras (como Radbruch), se habían marchado al exilio (como James Goldschmidt) o habían muerto antes (como Max Ernst Mayer).

La idea se reforzaba en gran medida, porque los autores del neokantismo latinoamericano – y también los alemanes – no habían reparado suficiente-

128 Capacidad en la que la obra de Robert Alexy es un ejemplo (la ponderación).

129 El mismo halo de *progresismo* había rodeado a cierto positivismo varias décadas antes, cuando se lo esgrimía contra concepciones ultramontanas.

130 El intento comenzó en los primeros años de la década del sesenta, cuando con ingenuo optimismo se pensaba que las dictaduras latinoamericanas desaparecerían, ilusión que se acabó trágicamente en la década siguiente, que se llevó también al Código Tipo, después de una penosa reunión en Buenos Aires, donde los redactores cumplieron el rito de saludar personalmente al dictador de turno.

131 Era común tratar los tres conjuntamente, por ejemplo, Donnedieu de Vabres (1938).

132 En un muy documentado artículo de Jiménez de Asúa en los últimos días de la guerra, señalaba que Mezger cambió sus conceptos empobreciéndolos y *no tuvo arrestos para defender sus antiguas ideas liberales* (43), o sea que consideraba que esta abjuración estaba unida al abandono de sus categorías de preguerra, que estarían vinculadas indisolublemente al liberalismo penal. Las *bases liberales* del anterior *Tratado* de Mezger estaban para Jiménez de Asúa unidas a *una perfecta ilación de principios, que no osó reeditar* (49) (Jiménez de Asúa [1945a]). De esta lectura queda la impresión de que el verdadero Mezger penalista neokantiano era el anterior, y el que escribió entre 1933 y 1945 fue una falsificación producida por el miedo. Después de las investigaciones de los últimos años, de cuyos datos no disponía Jiménez de Asúa en 1945, sería imposible sostener que Mezger era sólo un penalista atemorizado (ver Muñoz Conde [2003]).

mente en los componentes autoritarios de la ciencia penal alemana, incluso muy anterior al nazismo,[133] en particular de los líderes de las dos *escuelas* en disputa desde fines del siglo XIX.[134]

En Alemania la situación era diferente, pues durante los años del nazismo, las categorías de la dogmática neokantiana se defendían bajo el ropaje de una *ciencia penal políticamente neutra, independiente de la política*, y en abierta lucha contra los de Kiel, que sostenían que esas categorías no servían para la elaboración del derecho penal totalitario, necesitado de una sistemática nueva y por completo diferente,[135] para lo cual elaboraron una dogmática organicista o sistémica,[136] que eliminaba los límites entre los estratos neokantianos, en alguna medida validos de las contradicciones propias de éstos, puestas de manifiesto por la dogmática de posterior.[137] En la posguerra, el exilio académico y la marginación temporal de los de Kiel se entendió como el *triunfo de la ciencia sobre la política*.

Con el correr de las décadas, los investigadores alemanes se encargaron de aclarar las cosas. La ilusión de una ciencia políticamente neutra se ha desvanecido hoy, incluso en las ciencias duras. No podemos tolerar ahora la idea de que cultivamos una ciencia jurídico-penal políticamente neutra,[138] que sirva también para legitimar aberraciones o, sin llegar a esos extremos, susceptible de ser manipulada como instrumento de consolidación de una inmovilidad social vertical o de resistencia a una sana redistribución de la renta. Semejante ciencia merecería el duro calificativo que Carrara dirigía a los prácticos: sería una *schifosa scienza*.

Como primera *devolución* podemos sugerir que tanto en el hemisferio norte (con crisis en las sociedades de distribución mesocrática) como en el sur (con sociedades fuertemente estratificadas), es urgente dar la razón a los de Kiel en cuanto a la necesidad de categorías adecuadas al modelo de estado, pero *para construir un modelo exactamente inverso al de Kiel*, o sea, elaborar categorías que enfrenten al autoritarismo, hoy vestido de *punitivismo*.

Las racionalizaciones autoritarias pueden llegar a pervertir cualquier teoría, pero no creemos que la vuelta a un neokantismo más o menos ortodoxo – con el nombre, las correcciones y las variables que fuere –, como tampoco el regreso a un esquema sistémico, avancen mucho respecto de la indefensión metodológica de los tiempos oscuros. La primera y general devolución que podemos hacer es, pues, poner de manifiesto la urgente necesidad de reflexionar sobre la metodología y las categorías, para *combatir a los de Kiel desde la acera opuesta*.

8 Una *devolución* temática

En el hemisferio sur las sociedades tienen una muy marcada estratificación social y la desigualdad, si bien también aumenta en el hemisferio norte,[139] es exorbitante en el sur.[140] Los conflictos violentos – y a veces las masacres – sólo pueden

133 Cfr. Marxen (1975); Muñoz Conde (2011).

134 La dura crítica que – con sobrada razón – formuló Jiménez de Asúa en el trabajo citado a la disparatada *Kriminalsoziologie* de Wilhelm Sauer, pasa por alto que algunas de sus propuestas habían sido adelantadas por Franz von Liszt muchos años antes.

135 Justamente las críticas de los de Kiel reforzaba la convicción de los neokantianos latinoamericanos, pues consideraban que el neokantismo penal, en lugar de ser políticamente neutro – como lo pretendían los propios neokantianos alemanes – era inadecuado al régimen nazista por ser *liberal*. Más aún confundían a la opinión penal latinoamericana al considerar *liberales* a los retribucionistas y *socialistas* a los seguidores de la *pena fin*. Este pandemónium político lo crearon desde su primer escrito de lucha: Dahm / Schaffstein (2011).

136 El concepto de *Volksgemeinschaft* como sistema queda claro en varios trabajos de Kiel, como por ejemplo en el de Dahm (1935), donde hace radicar en lo sistémico su diferencia con el estatismo fascista. En este sentido, afirma Dahm con toda precisión que no podría considerarse a Binding como un antecedente del derecho penal nazista, porque *está vivo en el derecho penal fascista*. Por otra parte – pese a que se citaba –, nunca se había traducido al castellano el horripilante trabajo póstumo de este autor y Alfred Hoche (Binding / Hoche [2009].

137 Aunque habían sido detectados antes y desde dentro del propio neokantismo, como lo ponen en evidencia los conocidos trabajos de Hellmuth von Weber y del Graf zu Dohna.

138 Sería conveniente profundizar la comparación y funcionalidad de esta tesis con la doctrina norteamericana del *derecho y el estado políticamente neutros* de las últimas décadas del siglo XIX (cfr. Horwitz [1992]).

139 Cfr. Stiglitz (2012).

140 Según la ONU y la CEPAL, América Latina es la región con la mayor desigualdad de todo el mundo, pese al fuerte crecimiento económico, esa desigualdad no ha podido ser erradicada, se ha consolidado. (El crecimiento no se tradujo en desarrollo, Amartya Sen cree efectivamente que la desigualdad es y termina siendo siempre un obstáculo para el desarrollo y la democracia). Esto nos obliga a pensar también de qué sirve a veces importar un código de Europa cuando la situación social es tan diferente. Cuando los desafíos son otros.

evitarse fomentando canales de comunicación interclasistas, cuando se sabe que el incremento de la represión selectiva tiene el efecto inevitable de obturarlos.

Los monopolios mediáticos transnacionales marcan las agendas de nuestros gobiernos mediante el *pánico moral*, en tanto que las agencias de algunos países centrales señalan las de los organismos internacionales y hasta la selección temática de las asociaciones científicas, todo lo cual produce leyes penales altamente represivas o compromisos internacionales de sancionarlas.

Ante este panorama, no ponemos en duda el valor de las categorías larga y laboriosamente elaboradas por la ciencia jurídico-penal alemana y que de ella hemos aprendido, pero creemos que es menester advertir que esas categorías señalan una lógica, indispensable para no caer en contradicciones, pero *en modo alguno podemos recaer en el error de elevar la lógica a ontología*.

Un cerrado *normativismo* nos llevaría por ese camino. El contenido y sentido de cada categoría científica exige que se nutra de datos de la realidad. No podemos colocar anteojeras *normativistas* a los jueces ni rechazar los datos de realidad, por el mero peligro de que una racionalización autoritaria pueda elevar dogmas a la condición de datos ónticos.

Considerando que nuestra ciencia no es meramente especulativa, sino que siempre aspira a convertirse en jurisprudencia, es decir, en *sentencias, que son actos de un poder del estado*, no puede negar su componente político y, para precaver el riesgo del *congelamiento ontológico* – del que sin duda debemos cuidarnos –, no es posible caer en una metodología indiferente al creciente riesgo de precipitarnos en el infierno ardiente de la masacre.

Tenemos constituciones y tratados internacionales que garantizan límites al poder punitivo, pero ningún derecho puede respetarse en el plano de la realidad, cuando a los jueces se les impide tomar en cuenta las circunstancias particulares del caso, o bien las generales respecto del encuadre de éste en su respectiva sociedad.

Más allá de que no es posible asegurar cuál orden es verdaderamente tal, lo cierto es que si desde el *orden* de una sociedad central, con predominante distribución mesocrática de la renta, se observa una sociedad altamente estratificada, se percibe *desorden*. En la medida en que se pretendan resolver los conflictos presuponiendo el *orden* en un marco de *desorden*, las decisiones serán erróneas y paradojales, como sucede siempre que se decide sin tener en cuenta un mínimo indispensable de datos de realidad.

El propio pensamiento crítico central es de relativa utilidad para nosotros, porque se dirige contra el reforzamiento del poder punitivo como instrumento de control social de minorías en sociedades mesocráticas, lo que claramente es injusto, pero cuando no se trata de minorías, sino de la mayor o gran parte de la población, otro es el problema y también la crítica y la atención y precaución que merece la estructura de poder de esa sociedad.

La mención de la necesidad de adecuar categorías dogmáticas al derecho penal de sociedades muy estratificadas, que postulamos como *devolución*, puede parecer demasiado abstracta. Si bien es imposible enumerar todas las posibilidades concretas, porque justamente esa sería la tarea a emprender en la presente etapa, a mero título de ejemplo nos permitimos mencionar algunos problemas concretos que debe afrontar la ciencia jurídico-penal del hemisferio sur en América Latina – pero también en África –, y que darán cuenta de la magnitud de la tarea que tenemos por delante.

1. Hay sociedades en las cuales buen número de conflictos se resuelven en el seno mismo de comunidades y conforme a costumbres ancestrales, como son las de cultura andina, pero también otras. En África hay países que no tienen una estructura judicial apta para todo su territorio, y la mayor parte del control social queda en manos comunitarias. La aplicación del derecho penal de tradición europea continental es impensable en esas circunstancias.

Se hace necesario reconocer la existencia de dos órdenes jurídicos y trabajar científicamente los conceptos jurídicos que permitan reconocer cuándo la intervención del derecho penal de tradición europea es menos violenta que la solución comunitaria, para intervenir sólo en esos casos.

2. Hay conflictos que no se presentan hoy en Europa – o que son excepcionales – y que, por tanto, no son contemplados por la doctrina europea. La tortura, el maltrato carcelario y policial y la violencia carcelaria, no han sido erradicados del hemisferio sur. Hay personas que infringen la ley y sufren las consecuencias de estos hechos ilícitos. No hay categorías que permitan resolver cómo serán tratadas las víctimas de estos hechos en caso de ser condenadas posteriormente. Ignorar lo que han sufrido es pretender que lo prohibido no existe. Es menester trabajar un nuevo concepto

de *compensación*, puesto que las penas ilícitas no dejan de ser penas.

3. La alternativa de la pena de multa no puede tener la misma extensión y eficacia en las sociedades estratificadas que en las de distribución mesocrática. Su extensión puede incluso resultar discriminatoria, pues quedaría sólo reservada a los sectores con mayor capacidad de pago.

4. El mismo reproche de culpabilidad se torna problemático, porque la *co-culpabilidad* social – y estatal – es norme. ¿Hasta qué punto existe un ámbito de decisión más o menos amplio que permita fundar un reproche, cuando la persona ha carecido de lo elemental a lo largo de su vida y sólo ha recibido del estado desprecio, indiferencia, marginación, rechazo y punición?

5. La estigmatización penal en una sociedad en que el espacio social está mucho más limitado que en las centrales, tiene un efecto condicionante de conductas desviadas más graves, traducido en carreras criminales, en particular porque proporciona mano de obra barata al crimen de mercado (organizado). Faltan instrumentos jurisprudenciales que disminuyan los efectos de la señalización criminalizante.

6. La ciencia penal alemana nos ha proporcionado una finísima teoría del delito. Sin embargo, no ha tenido igual desarrollo la dogmática en torno de la individualización judicial de la pena y, en la recepción latinoamericana, esta carencia es aún mayor. [141] En esta materia se filtra aún el peligrosismo positivista – a veces disfrazado de culpabilidad – como también los peores prejuicios de clase de los jueces. Se hace menester potenciar el desarrollo científico de este capítulo.

7. Las prisiones latinoamericanas sufren de males endémicos (superpoblación, predominio de prisión preventiva, violencia carcelaria, etc.). Toda previsión de *medidas de seguridad* trasladada a la región, se traduce en un simple aumento de presos y la consiguiente potenciación de los males tradicionales. En Latinoamérica es imprescindible reconocer el carácter punitivo de las llamadas *medidas* y someterlas a las mismas o mayores limitaciones que las penas. La dogmática necesita desenmascarar el recurso legislativo de cambiar el nombre de *pena* por el de *medida*, para eludir los límites constitucionales al poder punitivo.

8. El exceso intensivo en la legítima defensa y la atenuación extrema en los casos de error indirecto de prohibición (conforme a la llamada teoría limitada de la culpabilidad), cobra en la práctica un sentido muy particular en la región: se traducen en un beneficio para los agentes del Estado que abusan de las armas y hasta para quienes practican ejecuciones sin proceso.

9. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, por efecto de la selectividad según vulnerabilidad, propio del ejercicio del poder punitivo, se traduce en un peligro para la pequeña y mediana empresa, que es la mayor proveedora de trabajo de la región. Por otra parte, la situación se agrava, porque con la pena no se elimina la responsabilidad administrativa de la empresa, sino que se suman ambas sanciones.

10. La gravedad y rigidez de las penas por crimen organizado, impuestas por tratados internacionales – en particular en el tráfico de tóxicos –, se traduce en penas elevadas para personas empleadas en estado de necesidad por los organizadores, o sea, las llamadas *mulas*, que por lo general son mujeres. Faltan conceptos jurídico-penales que permitan contemplar esta situación y evaluar más finamente el estado de necesidad en sus dos niveles (justificación y exculpación).

11. Los servicios de seguridad latinoamericanos – policías – padecen de distintos grados de deterioro institucional y laboral y se sufre la llamada *autonomización policial*. Algunos delitos – como la trata de personas o el robo de ganado – no son concebibles sin protección policial. En la criminalidad de mercado (o crimen organizado), se verifica en forma permanente la vulnerabilidad de los servicios de seguridad. En estas condiciones, con harta frecuencia, el poder punitivo se convierte en un mero instrumento de eliminación de competidores – o de monopolio del marcado – en la prestación del servicio ilícito. La jurisprudencia está condenada a cumplir este triste papel, sin elementos jurídicos que le permitan al menos paliarlo.

12. Los jueces son con harta frecuencia agredidos por los medios masivos como encubridores de criminales, cuando en realidad no hacen más que poner coto al ejercicio abusivo y a veces corrupto del poder punitivo, lo que es funcional al fenóme-

141 En los últimos años en la Argentina casi no hay trabajos relevantes, salvo los de Patricia Ziffer.

no de *autonomización policial*. La tradición indica que el juez no debe defenderse públicamente, pero esta limitación lo deja indefenso ante los medios de comunicación y ante los políticos que demagógicamente explotan la indefensión. Es menester elaborar técnicamente las condiciones y situaciones en que el juez queda habilitado para quebrar la regla tradicional.

13. A diferencia de lo que se pensaba durante la guerra y la posguerra, verificamos hoy que no existe un derecho penal autoritario único, sino que es el resultado de los múltiples y tortuosos caminos, perversamente creativos e ingeniosos algunos, que racionalizan en torno del poder punitivo para liberarlo de todo límite. Estas racionalizaciones nos amenazan más en el sur, porque todo exceso punitivista acaba en una masacre.

Esto exige que pongamos una especial atención en el estudio de esas racionalizaciones, o sea, que sin perjuicio de investigar y elaborar *en positivo* las condiciones del *derecho penal de garantías*, lo hagamos también *en negativo*, dedicando preferente interés a los a veces insólitos caminos del complejo llamado *derecho penal autoritario*, porque no podemos prevenir ni defendernos de lo que no conocemos.

14. Cabe agregar que incluso uno de los temas más debatidos en Alemania – la imputación objetiva –, plantea en el hemisferio sur interrogantes particulares, debido a las frecuentes decisiones políticas que se imponen como opciones ante la limitación de recursos. ¿Hasta qué punto se puede imputar objetivamente el resultado lesivo de una decisión política, en ocasiones escogida como atención de necesidades más urgentes? Estas decisiones pueden salvar muchas vidas, pero también no evitar la pérdida de otras que son en igual medida inocentes, lo que se sabe al tomar la decisión. Estos supuestos no pueden resolverse como casos de inculpabilidad. [142] Si así se lo hiciese cabría la legítima defensa contra decisiones políticas, pese a que en la coyuntura serían racionales. Necesariamente deben resolverse en el nivel de la tipicidad objetiva, lo que no es sencillo.

La adecuada elaboración de conceptos que permitan acercarnos a decisiones que contemplen estos y otros muchos datos de la realidad, sería nuestra principal *devolución*, como contribución a una ciencia jurídico-penal más universal, en una hora difícil para el derecho penal en ambos hemisferios.

■

Bibliografía

- Agosti, Héctor P. (1975), Ingenieros. Ciudadano de la juventud, Buenos Aires
- Alberdi, Juan Bautista (1852), Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside el desarrollo de la civilización en la América del Sud, Impr. del Mercurio
- Alberini, Coriolano (1966), Problemas de la historia de las ideas filosóficas en la Argentina, La Plata
- Arteaga Sánchez, Alberto (1985), Derecho Penal Venezolano, Caracas
- Avila, Juan José (1969), Los elementos del delito, en: Jiménez de Asúa, Luis y otros, Evolución del derecho penal argentino (Su desarrollo histórico-dogmático), Buenos Aires
- Bacigalupo, Enrique (1965), La noción de autor en el Código Penal, Buenos Aires
- Bacigalupo, Enrique (1974), Lineamientos de teoría del delito, Buenos Aires
- Bacigalupo, Enrique (1999), Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires
- Bacigalupo, Enrique (2002), Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina, en: Bacigalupo, Enrique, Tipo y error, Buenos Aires
- Barbaroux, Charles O. (1857), De la transportation, París
- Barreto de Meneses, Tobías (1926a), Estudos Alemães, Sergipe
- Barreto de Meneses, Tobías (1926b), Fundamento do directo de punir, Sergipe

142 Al estilo de las soluciones que se dan al supuesto del capitán que no puede salvar a todos los náufragos, del padre que no puede salvar del incendio a todos sus hijos o del guardavías que desvía en tren de pasajeros hacia una vía en que trabajan dos operarios.

- Barreto de Meneses, Tobías (1926c), Menores e loucos, Sergipe
- Barreto de Meneses, Tobías (2000), Estudos de Direito, Campinas
- Barreto, Luiz Antonio (1994), Tobias Barreto, Sergipe
- Bayardo Bengoa, Fernando (1975), Protección penal de la Nación, Montevideo
- Bayardo Bengoa, Fernando (1983), Dogmática jurídico penal. Reformulación y perspectivas, Montevideo
- Beling, Ernst von (1944), Esquema de Derecho Penal (trad. del alemán por Sebastián Soler), Buenos Aires
- Bellemare, D. G. (1829), Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires en que van sentados los principios que podrán servir de base para un Código de Leyes Nacionales, por D. G. Bellemare. Abogado, antiguo magistrado francés y ciudadano de la República Argentina, Buenos Aires (existe reproducción facsimilar, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1949)
- Bergalli, Roberto (1980), La recaída en el delito, Modos de reaccionar contra ella, Barcelona
- Binder, Alberto (2005), Introducción al Derecho penal, Buenos Aires
- Binding, Karl, Alfred Hoche (2009), La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida, Buenos Aires
- Bramont Arias, Luis A. (1994), Derecho Penal, Lima
- Brito Alves, Roque de (2010), Direito penal, Parte Geral, Recife
- Bruno, Aníbal (1984), Direito Penal, Parte Geral, Rio de Janeiro
- Buenos Aires Legislatura (1881), Debates sobre la cuestión Capital en la Legislatura de la Provincia, Buenos Aires, Imprenta El Economista
- Bunge, C. O. (1903), Nuestra América. Ensayo de Psicología Social, Buenos Aires
- Buompadre, Jorge Eduardo (2009), Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires
- Bustos Ramírez, Juan (1967), Culpa y finalidad, Santiago de Chile
- Bustos Ramírez, Juan (2005), Introducción al Derecho Penal, Bogotá
- Caballero, Jorge Frías (1970), Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad, en: La Ley (1952), reproducido en: Temas de Derecho Penal, Buenos Aires
- Campos, Alberto Adolfo (1973), Actas, relatos, ponencias y conclusiones publicadas por la Universidad de Belgrano bajo la dirección del Dr. Alberto Adolfo Campos, Buenos Aires
- Carrancá y Trujillo, Raúl (1988), Derecho Penal Mexicano, México
- Castellanos Tena, Fernando (1977), Lineamientos elementales de derecho penal, México
- Cattaneo, Mario A. (1970), Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale, Milano
- Che cosa resta del finalismo in America Latina?, en: Critica del Diritto, Luglio – Dicembre (2002) 210 y ss.
- Cirino dos Santos, Juarez (2000), A moderna teoria do fato punível, Río de Janeiro
- Code Pénal des Pays-Bas (3 Mars 1881) traduit et annoté par Willem-Joan Wintgens, París, 1883
- Code Pénal Hongrois des crimes et des délits (28 Mai 1878), imprimé par ordre du gouvernement à l'imprimerie nationale, París, 1885
- Code Pénal, Édition originale et seule officielle, Paris: imprimerie impériale, 1810
- Código Penal de la Nación Argentina, Ley nº 11.179 con las modificaciones de las leyes 11.221 y 11.309, Edición Oficial, Buenos Aires, 1924
- Código Penal de la República Argentina y ley de reformas del 22 de agosto de 1903, Edición oficial, Buenos Aires, 1903
- Código Penal de la República Argentina, Edición Oficial, Buenos Aires, Imprenta de Sud América, 1887
- Código Penal Tipo para Latinoamérica (1968), Rosario
- Código Penal Tipo para Latinoamérica (1973), publicado bajo la dirección del Prof. Francisco Grisolía, Santiago de Chile
- Córdoba Roda, Juan (1962), Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, Barcelona
- Costa, Fausto (1953), El delito y la pena en la historia de la filosofía, México
- Creazzo, Giuditta (2007), El positivismo criminológico italiano en la Argentina, Buenos Aires, publicada en castellano como El positivismo criminológico italiano en la Argentina, Buenos Aires 2007
- Crivellari, Giulio (1889), Il Codice Penale per il Regno d'Italia (Approvato dal R.. Decreto 30 Giugno 1889), Torino
- Curtis, George Ticknor (1866), Historia del origen, formación y adopción de la Constitución de los Estados Unidos, Buenos Aires
- Cury Urzúa, Enrique (1969), Orientación para el estudio de la teoría del delito, Santiago de Chile
- Cury Urzúa, Enrique (2005), Derecho Penal, Parte General, Santiago de Chile
- Dahm, Georg (1935), Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, Berlín
- Dahm, Georg, Friedrich Schaffstein (2011), ¿Derecho Penal liberal o Derecho Penal autoritario?, Buenos Aires
- De Bendetti, Isidoro (1945), La teoría normativa de la culpabilidad, en: Homenaje a Zenón Martínez, Santa Fe
- Dezza, Ettore, Sergio Seminara, Thomas Vormbaum (2012), Moderne italienische Strafrechtsdenker, Berlín
- Días-Aranda, Enrique (2003), Derecho Penal, Parte General, México
- Donna, Edgardo (2003), Derecho penal, Parte Especial, Buenos Aires
- Donnedieu de Vabres, H. (1938), La crise moderne du droit pénal, La politique criminelle des états autoritaires, París
- Dotti, René Ariel (2010), Curso de Direito Penal, Parte Geral, San Pablo
- Drago, Luigi M. (1890), I criminali-nati, Torino
- Drago, Luis María (1888), Los hombres de presa. Ensayo de antropología criminal, Buenos Aires
- Dura, Francisco (1911), Naturalización y expulsión de extranjeros, Buenos Aires
- Duve, Thomas (2005) Del Absolutismo Ilustrado al Liberalismo Reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J. A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921, en: Revista de Historia del Derecho (Buenos Aires), 124–153
- Etude de législation pénale comparée, Code Français de 1810 (1852), París

- Farre, Luis (1958), Cincuenta años de filosofía en Argentina, Buenos Aires
- Fernández Carrasquilla, Juan (2012), Derecho Penal, Parte general, Bogotá
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von (1813),Código penal para el Reino de Baviera (Promulgado por el Rey Maximiliano José en Munich el 16/5/1813), en: Feuerbach, Paul Johann Anselm von (2007), Tratado de Derecho Penal (trad. de E. R. Zaffaroni e Irma Hagemeier), Buenos Aires
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von (1997), Kaspar Hauser. Un delito contra el alma del hombre, Madrid
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von (2010), Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano, Buenos Aires
- Flávio Gomes, Luiz (2007), Direito Penal, Parte Geral, San Pablo
- Fontán Balestra, Carlos (1966), Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires (hubo ediciones posteriores)
- Frank, Reinhard (1966), Estructura del concepto de culpabilidad (trad. Sebastián Soler), Santiago de Chile
- Gaitán Mahecha, Bernardo (1963), Curso de Derecho Penal General, Bogotá
- García Basalo, Juan Carlos (1978), Estado penal y penitenciario del país durante la presidencia de Avellaneda, en: Revista del Círculo de Personal Superior del S. P. F. (1978)
- Garcia Torres, Benjamín (1926), La emoción violenta en el nuevo Código penal Argentino, Buenos Aires
- Geuros Souza, Artur de Brito, Carlos E. A. Japiassu (2012), Curso de Direito penal, Río de Janeiro
- Goldschmidt, James (1943), La concepción normativa de la culpabilidad (trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez), Buenos Aires
- Goldschmidt, James (1944), Problemas generales del derecho, Buenos Aires
- Gómez de la Serna, Pedro, Juan Manuel Montalban (1865), Elementos de Derecho Civil y Penal de España, Madrid
- Gómez, Eusebio (1912), Criminología Argentina, Buenos Aires
- Gómez, Eusebio (1939), Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires
- Gómez, Eusebio (1947), Enrique Ferri. Aspectos de su personalidad. Síntesis y comentario de su obra, Buenos Aires
- González Roura, Octavio (1925), Derecho Penal, Buenos Aires
- Greco, Rogerio (2003), Curso de Direito Penal, Parte Geral, Río de Janeiro
- Grimke, Federico (1870), Naturaleza y tendencia de las instituciones libres, París
- Groizard, Alejandro, Pedro Gómez de la Serna (1870), El Código Penal de 1870, Madrid
- Guerrero, Luis Juan (1945), La obra filosófica de Rodolfo Rivarola. Palabras preliminares a la edición de los Escritos filosóficos de R. Rivarola, Buenos Aires
- Haus, J. J. (1874), Principes Generaux du Droit Pénal Belge, París
- Heijnsbergen, P. van (1925), Eschiedenis der rechtswetenschap in Nederland, Amsterdam
- Hernández, José (1872), El gaucho Martín Fierro, Buenos Aires
- Herrera, Julio (1911), La Reforma Penal, Buenos Aires
- Herrera, Julio (1917), Anarquismo y defensa social, Buenos Aires
- Horwitz, Morton J. (1992), The transformation of American Law 1870-1960, The crisis of legal orthodoxy, Oxford University Press
- Hungría, Nelson (1978), Comentários ao Código Penal (actualizados luego por Heleno Cláudio Fragoso), Río de Janeiro
- Ingenieros, José (1957), Las razas inferiores, en: Crónicas de viaje 1905-1906, en: Obras Completas, vol. V, Buenos Aires
- Jiménez de Asúa, Luis (1931), La teoría jurídica del delito, Madrid (reeditada en Santa Fe, Universidad del Litoral, 1958)
- Jiménez de Asúa, Luis (1941–1949), El criminalista, Buenos Aires
- Jiménez de Asúa, Luis (1945a), El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista, en: Revista de Derecho Penal I,1
- Jiménez de Asúa, Luis (1945b), La ley y el delito, Caracas
- Jiménez de Asúa, Luis (1950-1970), Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires
- Jiménez de Asúa, Luis, Francisco Carsi Zacarés (1946), Códigos Penales Iberoamericanos según los textos oficiales, Caracas
- Jornadas de derecho penal. Buenos Aires 22–27 de agosto de 1960 (1962), Buenos Aires
- Kaufmann, Armin (1973), El código penal argentino: el art. 34, inc. 1º, y el error de prohibición, en "Actas", Universidad de Belgrano
- Korn, Alejando (1938), Obras, Buenos Aires
- Lima, Hermes (1943), O pensamento vivo de Tobias Barreto, San Pablo
- Liszt, Franz von (1898), Tratado de Direito Penal Alemao, Río de Janeiro (reeditada con notas de Ricardo Rodrigues Gama en Campinas, 2003)
- Maier, Julio B. J. (1989), Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires
- Malagarriga, Carlos (1927), Código Penal Argentino, Buenos Aires
- Marcó del Pont, Luis (1997), Ricardo C. Nuñez. El hombre y su obra, Córdoba
- Marxen, Klaus (1975), Der Kampf gegen das liberale Srafrecht, Berlín
- Mattes, Heinz (1972), Luis Jiménez de Asúa, Leben und Werk, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissnschaft 84, 149–197
- Matteucci, Nicola (1998) Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno, Madrid
- Maurach, Reinhart (1962), Tratado de Derecho Penal (trad. de Juan Córdoba Roda), Barcelona
- Mayer, Max Ernst (1937), Filosofía del Derecho, Barcelona
- Mayer, Max Ernst (2007), Derecho Penal. Parte General (trad. del alemán por Sergio Politoff), Buenos Aires, Montevideo
- Medina y Ormaechea, Antonio A. de (1899), La legislación Penal de los Pueblos Latinos, México
- Mendoza, José Rafael (1996), Curso de Derecho Penal Venezolano, Caracas
- Mercadante, Paulo, Antonio Paim (1972), Tobias Barreto na cultura brasileira: Uma reavaliaçao, San Pablo

- Mezger, Edmund (1946), Tratado de derecho penal. Tomo II (trad. del alemán por J. A. Rodríguez Muñoz), Madrid
- Mezger, Edmund (1950), Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlin
- Mezger, Edmund (1956), Derecho Penal. Parte General (trad. del alemán por Wilhelm Sauer), Barcelona
- Mezger, Edmund (1958), Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General (trad. del alemán por Conrado A. Finzi), Buenos Aires
- Mezger, Edmund (2009), La reforma penal nacionalsocialista (trad. de Filippo Grispigni), Buenos Aires
- Ministerio de Justicia e Instrucción Pública (1913), Proyecto de reformas carcelarias, Informe de la Comisión Especial, Buenos Aires
- Moreno, Moisés (1977), Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht, Bonn
- Moreno, Rodolfo (1908), La ley penal argentina. Estudio crítico, Buenos Aires
- Moreno, Rodolfo (1922–1923), El Código Penal y sus antecedentes, Buenos Aires
- Moreno, Rodolfo (1945), Rodolfo Moreno, gobernante y ciudadano de la República, Buenos Aires
- Moyano Gacitúa, Cornelio (1899), Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino, Buenos Aires
- Moyano Gacitúa, Cornelio (1905), La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías. Precedida de una apreciación del Profesor Lombroso, Córdoba
- Muñoz Conde, Francisco (2003), Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo, 4ª ed.Valencia
- Muñoz Conde, Francisco (2011), La herencia de von Liszt, en: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal 1, fasc. 1, Buenos Aires
- Mury, Paul (1895), Les Jesuites a Cayenne. Histoire d'une mission de vint-deux annes dans le pénitenciers de la Guyane, Strasbourg, París
- Nilve, Moisés (1945), La vigencia del Proyecto Tejedor como código penal de las provincias argentinas, en: Revista Penal y Penitenciaria
- Nilve, Moisés (1955–1956), El proyecto Tejedor en la historia del derecho patrio, en: Revista del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires
- Nina Rodrigues, Raimundo (1894), As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil, Bahía
- Nino, Carlos Santiago (1980), Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires
- Nino, Carlos Santiago (1984), Consideraciones sobre la dogmática jurídica, México
- Nouveau Code Pénal Norwégien adopté par le Storthin le 22 Avril 1902, París, 1903
- Novoa Monreal, Eduardo (1985), Curso de Derecho Penal Chileno, Santiago
- Nuñez, Ricardo C. (1946), La culpabilidad en el código penal, Buenos Aires
- Nuñez, Ricardo C. (1959–1960), Derecho Penal Argentino, Buenos Aires (siguieron ediciones posteriores)
- Nuñez, Ricardo C. (1972), Manual de Derecho Penal. Parte general, Córdoba
- Nuñez, Ricardo C. (1988), Las disposiciones generales del Código Penal, Córdoba
- Nyppels, J. S. G. (1872), Code Pénal Belge, Bruselas
- Obarrio, Manuel (1884), Curso de Derecho Penal, Buenos Aires
- Oved, Iaacov (1978), El anarquismo y el movimiento obrero en la Argentina, México
- Pachal, George M. (1888), La Constitución de los Estados Unidos, explicada y comentada, Buenos Aires
- Pacheco, Joaquín Francisco (1870), El Código Penal concordado y comentado, Madrid
- Pavón, Cirilo (1913), La defensa social, Buenos Aires
- Peco, José (1921), La reforma penal argentina de 1917–1920 ante la ciencia penal contemporánea y los antecedentes nacionales y extranjeros, Buenos Aires
- Peco, José (1929), El uxoricidio por adulterio, Buenos Aires
- Peña Cabrera, Raúl (1994), Estudio Programático de la Parte General, Lima
- Peña Guzmán, Gerardo (1969), El delito de homicidio emocional, Buenos Aires
- Piñero, Norberto, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo (1891), Proyecto de Código Penal. República Argentina. Redactado en cumplimiento del Decreto del 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo. Buenos Aires. Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional
- Piñero, Osvaldo (1902), Derecho Penal, conferencias tomadas taquigráficamente del profesor de la asignatura doctor Osvaldo Piñero por Eduardo Catalá, Buenos Aires
- Piñero, Osvaldo (1909), Derecho Penal, Apuntes, Buenos Aires
- Politoff, Sergio (1965), Los elementos subjetivos del tipo penal, Santiago de Chile
- Porte Petit, Celestino (2003), Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, México
- Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904, Buenos Aires, 1906
- Quatrocchi-Woisson, Diana (2011), Juan Bautista Alberdi et l'independence argentine. La force de la pensée et de l'ecriture, París
- Ramos, Juan P. (1926), La "peligrosidad" en el Código Penal, en: Revista Penal Argentina VI (1926) 5
- Ramos, Juan P. (1935), Curso de Derecho Penal dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por el Profesor Titular Dr. Juan P. Ramos, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Buenos Aires
- Reyes Echandía, Alfonso (1972), Derecho Penal Colombiano, Bogotá
- Righi, Esteban (2007), Derecho penal, Parte general, Buenos Aires
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (2000), Estudio preliminar al Plan de legislación Criminal, Buenos Aires
- Rivarola, Rodolfo (1890), Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina, Buenos Aires
- Rivarola, Rodolfo (1899), La justicia en lo criminal, Buenos Aires

- Rivarola, Rodolfo (1910), Derecho Penal Argentino, Parte General, Madrid
- Rivarola, Rodolfo (1945), Escritos filosóficos, Buenos Aires
- Rodríguez Kauth, Angel (2001), La peluca de la calvicie moral, Miami
- Rodríguez Muñoz, José Arturo (1953), La doctrina de la acción finalista, Valencia
- Romañach, Antonio, Clodovedo Miranda Naón (1892), Apuntes de Derecho Penal de Romañach y Miranda Naón, Buenos Aires, 2ª ed. 1901
- Romero, Gladys N. (1969), Desarrollo histórico de la tentativa en la República Argentina, en: Jiménez de Asúa y otros, Evolución del derecho penal argentino (Su desarrollo histórico-dogmático), Buenos Aires
- Rosa, José María (1974), Historia Argentina, Buenos Aires
- Rusconi, Maximiliano (2009), Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires
- Sampay, Arturo Enrique (1975), La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional, Buenos Aires
- Schmidt, Eberhard (1951), Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen
- Simon, Jonathan (2007), Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear, Oxford
- Soler, Sebastián (1929), Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso, Buenos Aires
- Soler, Sebastián (1934), El elemento político de la fórmula del estado peligroso, en: Revista de criminología, psiquiatría y medicina legal, enero – febrero
- Soler, Sebastián (1945–1946), Derecho Penal Argentino, Buenos Aires
- Soler, Sebastián (1960), Proyecto de Código Penal (no terminado)
- Spirito, Ugo (1932), Storia del diritto penale italiano da Beccaria ai giorni nostri, Torino
- Spolansky, Norberto Eduardo (1969), El concepto de acción delictiva en el sistema de Rodolfo Rivarola, en: Jiménez de Asúa, Luis y otros, Evolución del derecho penal argentino (Su desarrollo histórico-dogmático), Buenos Aires
- Stanglein, M. (1858), Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, München
- Stiglitz, Joseph E. (2012), The price of inequality. How today's divided society endangers our future, New York, London
- Stratenwerth, Günter (1982), Derecho Penal (trad. De Gladys Romero), Madrid
- Tejedor, Carlos (1866), Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Don Carlos Tejedor, Parte Primera, Buenos Aires
- Tejedor, Carlos (1860) Curso de Derecho Criminal, Primera Parte, Leyes de Fondo, Buenos Aires (2ª edición, M. Joly, Buenos Aires, 1871)
- Tejedor, Carlos (1881), La defensa de Buenos Aires (1878–1880), Buenos Aires
- Tejedor, Carlos, Sisto Villegas, Andrés Ugarriza, Juan Agustín García (1881), Proyecto de Código Penal presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor, compuesta por los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, Buenos Aires
- Terragni, Marco Antonio (2012), Tratado de Derecho Penal, Parte Especia, Buenos Aires
- Tesseire, Edouard (1893), La transportation pénale et la relégation d'apres les lois 30 Mai 1854 et 27 Mai 1885, París
- Testena, Folco (1911), Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina, Buenos Aires
- Tiffany, Joel (1874), Gobierno y derecho constitucional, Buenos Aires
- Valadés, José C. (1987), El porfirismo. Historia de un régimen, México
- Vatel, Ch. (1852), Code Pénal pour le Royaume de Bavière traduit de l'allemand avec des explications tirées du Commentaire Officiel (Exposé de Motifs) et un appendice, París
- Velasco, Leopoldo (1944), La vida y obra del Maestro Dr. Rodolfo Rivarola, Buenos Aires
- Velasquez V., Fernando (2009), Derecho Penal, Parte General, Bogotá
- Viada y Vilaseca, Salvador (1877), El Código Penal reformado de 1870, Madrid
- Villa Stein, Javier (2008), Derecho Penal, Parte General, Lima
- Villamor Lucía, Fernando (2003), Derecho Penal Boliviano, La Paz
- Villavicencio Terreros, Felipe (2007), Derecho Penal, Parte General, Lima
- Vorentwurf zu einem schweizerischen StGB, Fassung der zweiten Expertenkommission, Zürich, 1917
- Vormbaum, Thomas (2011), Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlín, Heidelberg
- Weber, Hellmuth von (2008), Lineamientos del derecho penal alemán (trad. del alemán por Leonardo G. Brond), Buenos Aires
- Welzel, Hans (1951), Ponencia sobre La teoría de la acción finalista y el delito culposo
- Welzel, Hans (1956), Derecho Penal. Parte General (trad. de C. Fontán Balestra y Eduardo Friker), Buenos Aires
- Welzel, Hans (1957), Derecho natural y justicia material (2ª edición con el título Introducción a la filosofía del derecho, 1971), Madrid
- Welzel, Hans (1962), Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, Córdoba
- Welzel, Hans (1964), El nuevo sistema del derecho penal (trad. de J. Cerezo Mir), Barcelona
- Welzel, Hans (1968), Un malentendido sin solución. Acerca de la interpretación de la teoría finalista (trad. de Gladys N. Romero), en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 7
- Welzel, Hans (1970), Derecho Penal Alemán. Parte General (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez), Santiago de Chile
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1971), El concepto mixto de tipo y la ley penal argentina, en: Ponencias, Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Univ. de Belgrano, Buenos Aires
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1973), Teoría del delito, Buenos Aires
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1982), Política criminal latinoamericana, Buenos Aires
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1985), La ideología de la legislación penal mexicana, en: Justicia, México

- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2008), Die bayerische Vorlage der argentinischen Strafrechtskodifikation, en: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift f. Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Berlin
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Miguel Arnedo (1996), Digesto de Codificación Penal Argentina, volúmenes 1 a 7, Buenos Aires
- Zea, Leopoldo (1968), El positivismo en México, México
- Zea, Leopoldo (1998), El positivismo en México. Nacimiento, apogeo y decadencia, México